# Die
# Vererbung eines Handelsgeschäftes
## unter besonderer Berücksichtigung der Prinzipien für die Erbenhaftung im BGB. und im HGB.

---

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

juristischen Fakultät zu Rostock

vorgelegt von

Felix Pinner

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Rostock.
Carl Hinstorffs Buchdruckerei.
1904.

Meinen Eltern

in Liebe und Dankbarkeit.

# Litteraturverzeichnis.


Behrend, Lehrbuch des Handelsrechts. 1886.

Behrend, Zeitschrift für Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. 4.

Bekker, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 4.

Binder, Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Teil, 1901; II. Teil, 1903.

Birkmeyer, Das Vermögen im juristischen Sinne. 1879.

Böhm, Das Erbrecht. 1896.

Bolte, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 51.

Borcherdt, Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung. 1900.

Busch, in seinem Archiv, Bd. 1.

Cohn, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 42.

Cosack, Lehrbuch des Handelsrechts, 1903.

Düringer-Hachenburg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1899.

Eccius, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43.

Frommhold, Kommentar zum Erbrecht. 1900.
Gareis, Lehrbuch des Handelsrechts. 1903.
Goldmann, Festgabe für Richard Wilke. 1900.
Goldmann, bei Gruchot, Beiträge zur Erläuterung des deutschen Rechts, Bd. 43.
Goldmann, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 1901.
Hachenburg, Das Bürgerliche Gesetzbuch für das deutsche Reich, Vorträge 1900.
Hagen, Iherings Jahrbücher, Bd. 42.
Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. 1898.
Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 1899.
Makower, Kommentar zum Handelsgesetzbuche. 1901.
Mommsen, Buschs Archiv für Handelsrecht, Bd. 32.
Münchmeyer, Haftung des Erben und Miterben für die Nachlaßverbindlichkeiten nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch.
Planck, Deutsche Juristenzeitung, Jahrgang 1899.
Planck, Kommentar zum Erbrecht. 1902.
Regelsberger, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 14.
Schulteß, Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 des H.-G.-B. Dissertation, Leipzig 1903.
Simon, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. 24.
Staub, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 1900.
Staudinger (Herzfelder), Kommentar zum Erbrecht. 1902.
Stegemann, Die Vererbung eines Handelsgeschäftes. 1903.

Strohal, Erbrecht, 2. Aufl.
Wendt, Archiv für civiliſtiſche Praxis, Bd. 86.
Wilke, Kommentar zum Erbrecht 1900.
Windſcheid, Pandekten, 6. Aufl.
Entſcheidungen des Preußiſchen Obertribunals, des Preußiſchen Kammergerichts, des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts.

# Inhalt.

§ 1. Einleitung. Das Wesen des Handelsgeschäftes.

I. Abschnitt.

§ 2. Erbschaftserwerb. Aktiva und Passiva.

II. Abschnitt.

Die Haftung nach dem Bürgerlichen Gesetzbuche.

§ 3. Allgemeines.

§ 4. Das Prinzip der Erbenhaftung im BGB.

III. Abschnitt.

Besonderheiten der handelsrechtlichen Haftung.

§ 5. Der Wortlaut der in Betracht kommenden Bestimmungen.

§ 6. Die Fortführung des Geschäfts ohne Firma. Die Fortführung des Geschäfts mit Firma.

§ 7. Firma und Haftung.

§ 8. Tatbestand und Rechtswirkungen des § 27.

§ 9. Über die Anwendbarkeit des § 25, Abs. 2.

§ 10. Die Einstellungsfrist.

IV. Abschnitt.

§ 11. Verhältnisse beim Vorhandensein mehrerer Erben.

# Einleitung.

## § 1.

### Das Wesen des Handelsgeschäftes.

Das Handelsgesetzbuch hat es auch in seiner Neuredaktion vom 10. Mai 1897 unterlassen, eine Begriffsbestimmung des Handelsgeschäftes[1] zu geben, — und aus guten Gründen. Denn es wollte und durfte die gerade im Handelsleben so vielgestaltige und bewegliche Praxis nicht durch einen Begriff vergewaltigen, der sich der Verschiedenartigkeit der möglichen Fälle gegenüber fast immer als zu eng oder zu weitgezogen erwiesen und, — wie er auch ausgefallen wäre, größere Unsicherheit hervorgerufen hätte als vollkommenes Schweigen. „Wenn irgendwo, so ist es im Gebiet des Handelsrechts Bedürfnis, mit festen Begriffen zu rechnen", sagt ein vielzitiertes Wort Regelsbergers,[2] — aber wenn irgendwo, — so dürfen auch die festen Rechtsbegriffe gerade im Gebiet des Handelsrechts nicht auf Kosten der realen Bewegungsfreiheit, die gerade der Handel braucht, um funktionieren und seinen Beruf erfüllen zu können, erkauft werden.

1) S. aber § 343 HGB.
2) Zeitschrift f. d. ges. Handelsrecht. Band 14, S. 13.

Infolgedessen ist denn auch auf dem Boden des neuen Handelsgesetzbuches der alte wissenschaftliche Kampf um den „Begriff" Handelsgeschäft nicht verstummt. Zwar wird heute niemand mehr ernsthaft behaupten, daß das Handelsgeschäft ein von der Person des Inhabers gänzlich gesondertes Rechtssubjekt[3] sei und als sogenanntes Zweckvermögen[4] juristische oder, wie manche sich vorsichtiger ausdrückten, kaufmännische Persönlichkeit besitze, — aber auch heute noch herrscht, — besonders über die Differenzierung der Begriffe „Handelsgeschäft" und Handelsvermögen lebhafter Streit.

Während die herrschende Meinung,[5] der Behrendschen Theorie folgend — in dem Handelsgeschäfte immerhin ein abgesondertes Gesamtvermögen erblickt, — d. h. einen Inbegriff von Sachen, Rechten und Verbindlichkeiten, — Tendenzen und Beziehungen (universitas iuris), welcher als organische „Gesamtheit der durch den Betrieb eines Handelsgewerbes vereinigten Vermögensbestandteile von dem übrigen Vermögen seines Inhabers rechtlich und faktisch unterschieden ist",[7] haben sich auch neuerdings gewichtige Stimmen[8] für die Theorie Regelsbergers

3) Tabor: „Beiträge zur Erörterung von Verbindlichkeiten, welche aus dem Eintritt in eine Handelsfirma entspringen". 1826 Hassenpflug in Elvers Themis I, S. 59—72. Busch in seinem Archiv f. Handelsrecht, Bd. I, S. 25 ff. Anschütz und v. Völderndorff, Kommentar zum DHGB., S. 192 fg. Mommsen in Busch's Archiv, Bd. XXXII S. 209—214.

4) Bekker, Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht, Bd. V, S. 542 fg. Der dem Handelsgeschäft eine ähnliche Stellung wie dem römischen Pekulium zuerkennen wollte.

5) Cosack, S. 50. Gareis, S. 60. Lehrbücher.

6) Lehrbuch, S. 202, 203.

7) Lehmann-Ring, Kommentar S. 89, Nr. 2.

8) Binder: „Die Rechtsstellung des Erben nach dem d. Bürg. Gesetzbuch", Bd. I S. 32.

ausgesprochen, daß man, um zu einem wirklich juristischen Begriffe des Handelsgeschäftes zu gelangen, das Handelsvermögen überhaupt ausscheiden müßte, „denn der Geschäftsmann pflege unter dem Handelsgeschäft nur die mit einer bestimmten Räumlichkeit oder mit einem bestimmten Namen oder mit beiden verknüpfte Gelegenheit zum Betriebe eines Handelsgewerbes sich zu denken. Ein weiteres sei darunter weder notwendig, noch regelmäßig begriffen.“ [9] Ob *regelmäßig* wenigstens nicht doch etwas mehr darunter begriffen sei, — möchte ich dahingestellt sein lassen. Zugegeben muß jedenfalls werden, daß das Handelsvermögen *notwendig* nicht zum Begriff des Handelsgeschäfts zu gehören braucht, — da es ja, z. B. bei der Veräußerung desselben zum Teil oder ganz, sogar bis auf die Warenvorräte und die Geschäftseinrichtung hinab nach dem Belieben der Parteien vom Mitübergange ausgeschlossen werden kann,[10] ohne daß der geschäftliche Organismus darum gelöst wird. Ebenso hört ein Handelsgeschäft auf zu existieren, sobald der Betrieb eingestellt ist, „wenngleich das Handlungsvermögen, — d. h. die Warenvorräte, die Forderungen und Verbindlichkeiten noch vorhanden sind.“ [11] Aber daraus, daß die *Regelsberger*'sche Begriffsbestimmung sicherlich die juristisch präziseste und faßbarste ist, indem sie alle Wesensmerkmale, die nicht in den Kreis der absolut notwendigen und bestimmt begrenzten sich fügen, ausscheidet, folgt noch nicht, daß sie nun auch das ganze Gebiet der möglichen, — kaum der gewöhnlichen Fälle deckt, — in denen das

9) a. a. O., S. 12.
10) Lehmann-Ring, S. 90 b. Binder a. a. O., S. 33.
11) Regelsberger a. a. O., S. 15.

Handelsgeschäft in der Praxis hervortreten kann. Schon aus dem Grunde, daß sie bei ihrer Definition des zunächst doch einmal absoluten Begriffes „Handelsgeschäft" nur dessen relative Schicksale, die ja allerdings für das Recht die wichtigsten sein mögen, einseitig im Auge hat — nämlich die Einstellung und die Veräußerung, — an das Geschäft in seiner Ruhe, in seiner in sich geschlossenen Existenz aber überhaupt nicht denkt. Wenn nun aber unter der doch zweifellos anzuerkennenden Sonderexistenz des geschäftlichen Organismus die gesamte gewerbliche Sphäre des Kaufmanns verstanden werden soll, — so wäre es mindestens mit den einfachsten und plausibelsten Grundanschauungen der kaufmännischen Praxis unvereinbar, daß man den Umfang des Handelsgeschäftes lediglich auf die idealen Beziehungen des Handelsbetriebes beschränken, die realen Voraussetzungen und Niederschläge desselben aber völlig ausschließen wollte. Ein jeder Kaufmann würde mit Recht über lebensfremden Juristensophismus spotten, wenn man ihm sagte, daß sein Kapital, — seine Ware, — seine Geschäftseinrichtung nicht zu seinem Handelsgeschäft gehörten. Die Regelsberger'sche Begriffsbestimmung ist eben kein geschlossener Kreis, welcher eine Erscheinung in ihrer Totalität einschließt, sondern höchstens eine Abgrenzung nach einer Seite hin, wenn man will nach der unteren Seite hin, die nicht überschritten werden darf, ohne daß der geschäftliche Organismus auseinanderfällt.

Aus solchen Erwägungen heraus ist ein vermittelnder Standpunkt [12] einzunehmen. Man kann nicht mehr

12) Lehmann-Ring, S. 89, 2 und 90; Staub, Kommentar S. 126 Anm. 2; H. Stegemann, „die Vererbung eines Handelsgeschäfts" S. 11 ff. und 22 ff.

schlechtweg mit Behrend sagen, das Handelsgeschäft sei das Handelsvermögen, man kann überhaupt auf keinem einheitlich gebundenen Begriff beharren, sondern man muß sich damit begnügen, der unteren Grenze Regelsbergers eine obere gegenüber zu setzen und demgemäß zwischen Handelsgeschäft im engsten und im weitesten Sinne unterscheiden. Handelsgeschäft im engsten Sinne ist dasjenige, was allen Schicksalen des Geschäftes unbedingt folgen muß, damit die Kontinuität des Betriebes gewahrt bleibe. Wieviel und welcher Art das ist, wird allgemein nicht entschieden werden können, sondern immer der Beurteilung des vorliegenden Falles vorbehalten bleiben müssen. Bei der Veräußerung kann z. B. in manchen Fällen sehr wohl lediglich die Übertragung der Kundschaft oder der Chancen [13] genügen trotz Behrends entgegenstehender Ansicht [14] und trotzdem sich aus solcher Veräußerung keine klagbaren Rechtsansprüche des Erwerbers gegen den Veräußerer herleiten lassen.[15] Handelsgeschäft im weitesten Sinne ist dasjenige, was den Schicksalen des Betriebes folgen kann, also außer dem „unsubstanziellen" [16] Geschäft, wie Binder sich ausdrückt, das gesamte Handelsvermögen, welches besteht aus Aktiven, d. h. den zum Geschäft gehörigen beweglichen und unbeweglichen Gegenständen, den Rechten, insbesondere Forderungen, sowie auf der anderen Seite — nach der herrschenden Meinung wenigstens —

---

13) Lehmann-Ring, S. 90 b.

14) Zeitschrift f. Gesetzgebung und Rechtspflege in Preußen, Bd. IV, S. 449.

15) Binder a. a. O., S. 35.

16) Derselbe, S. 34.

den Passiven, d. h. den Geschäftsverbindlichkeiten.[17] Zwischen diesen beiden Grenzen nun kann die rechtsgeschäftliche Willkür frei walten, zwischen diesen Grenzen kann der Geschäftsherr — und das geschieht bei dem fortwährendem Wechsel unterworfenen Bestande eines Geschäftes tagtäglich, soviel aus seinem Handelsgeschäfte entfernen und soviel demselben hinzufügen, als ihm gut dünkt, — zwischen diesen Grenzen können bei einer Veräußerung die Parteien auf dem Wege freier Vereinbarung soviel mit übergehen lassen und soviel vom Übergange ausschließen, als ihnen gefällt. Auch vor den sogenannten Chancen des Geschäfts braucht die Parteivereinbarung nicht stehen zu bleiben. Denn diese müssen nicht durchaus und in jedem Falle hinter die untere Grenze fallen, weil eine vollständige Übertragung dieser Chancen keine unbedingte Voraussetzung für Kontinuität des Betriebes zu sein braucht. Geradeso wie ein Geschäftsherr durchaus Geschäftsbeziehungen abbrechen, — Fabrikationsgeheimnisse aufgeben kann, — ohne den Betrieb seines Geschäftes zu lösen oder zu einem anderen zu machen, geradeso können die Parteien bei der Veräußerung gewisse Teile der Kundschaft, z. B. bei einem Exportgeschäft die Kundschaft mit Südamerika, — oder gewisse Fabrikgeheimnisse, auch gewisse Gebiete der Geschäftstätigkeit (Branchen) ausschließen, solange dadurch nicht der Kern des Betriebes getroffen wird und solange dem Erwerber die Gelegenheit zum Fortbetriebe des Geschäfts im Großen und Ganzen gewährleistet bleibt.

Dadurch hat sich nun allerdings die Regelsbergersche untere Grenzlinie etwas verschoben. In-

17) Staub, S. 126, Anm. 2.

dem nämlich nach der Natur des jeweiligen Falles zur Erhaltung „der Gelegenheit zum Geschäftsbetriebe“ manchmal Mitübergang gewisser Vermögensbestandteile durchaus notwendig ist, wie z. B. bei der Veräußerung einer Eisenbahn die Mitübergabe des Bahnkörpers, oder bei der Veräußerung eines Bergwerkes die Mitübergabe der Gruben, resp. des Bergwerkseigentumes an denselben, manchmal dagegen Teile des unsubstanziellen Geschäfts ausgeschlossen werden können, so ist aus der absoluten Scheidelinie zwischen Geschäftsgelegenheit und Geschäftsvermögen, zwei Begriffen, die sich, wie wir gesehen haben, eben nicht absolut scheiden lassen, eine relative, d. h. von Fall zu Fall schwankende Scheidelinie zwischen dem Vorhandensein der Möglichkeit zum Geschäftsfortbetriebe oder deren Nichtvorhandensein geworden.

Die Sonderexistenz des Handelsgeschäftes tritt meist nur faktisch, wenig rechtlich hervor, soweit es nur in Gegensatz tritt zu dem sonstigen (Privat-) Vermögen des Inhabers, — „denn das Privat- und Geschäftsvermögen des Kaufmanns haftet sämtlichen Gläubigern ungetrennt, ohne daß den Geschäftsgläubigern am Geschäft, — den Privatgläubigern am Privatvermögen ein Vorzugsrecht zusteht, — und über das Geschäftsvermögen eines zahlungsunfähigen Kaufmanns findet kein Sonderkonkurs statt“.[18] Scharfe juristische Bedeutung aber erlangt diese Sonderexistenz, sobald das Handelsgeschäft als Ganzes in andere Hände übergeht. Dies kann geschehen erstens: unter Lebenden (durch Veräußerung), zweitens: von Todeswegen (durch Vererbung).

---

18) Cosack, S. 51.

In unserem Falle, dem letzteren, bildet das Handelsgeschäft einen Teil des Nachlasses[19] oder mit subjektiver Beziehung auf den Erben, einen Teil der Erbschaft, und da das Handelsvermögen hier regelmäßig, nämlich kraft Erbrechts mit dem Privatvermögen des Erblassers auf den Erwerber übergeht, so ist für unseren Fall der Vererbung der Begriff Handelsgeschäft im weitesten Sinne zu verstehen,

19) Dies wird von Binder a. a. O. S. 31 fg. bestritten. Das Handelsgeschäft, so führt er ungefähr aus, welches er unter Ausschluß des Geschäftsvermögens in jedem Falle nur als Gelegenheit zum Gewerbebetriebe ansehen will, sei kein Vermögensrecht, da es keinen rechtlichen Schutz gewähre. Denn ein klagbares Recht auf den Gewerbebetrieb gäbe es nicht, ein solches habe auch der Veräußerer oder der Erblasser nicht, folglich könne er auch keines auf den Erwerber oder den Erben übertragen. Tatsächlich könne nun natürlich nicht geleugnet werden, daß das Geschäft auf den Erben übergehe, denn die Möglichkeit der Sukzession in die tatsächliche Seite des Geschäftsbetriebes wird dadurch dem Erben besonders erleichtert, daß er in die sämtlichen auf ihn (nämlich den Geschäftsbetrieb) bezüglichen Rechte und Verbindlichkeiten, ja sogar in die embryonalen Vorstufen desselben, nämlich in das Handlungsvermögen sukzediert. Aber dieses Übergehen sei nur das Aufgreifen einer tatsächlichen Situation, die Fortführung des Handelsgeschäftes stände im freien Belieben des Erben, er könne darin nicht geschützt werden, aber er könne auch daran nicht gehindert werden. Wenn das Geschäft also auf diese Weise tatsächlich mit auf den Erben übergehe, so geschehe es außerhalb der Erbschaft, das Geschäft gehöre nicht zum Nachlaß. Indem aber das HGB. im § 27 das Geschäft als zum Nachlaß gehörig bezeichne, widerspreche es dem Erbschafts- und dem Vermögensbegriff des BGB., weil Erbschaft ein Übergang von Vermögen und Vermögen eine Summe von Rechten sei. Uns, die wir die Theorie: Handelsgeschäft = Gelegenheit zum Gewerbebetriebe zurückgewiesen haben und gerade für den Fall der Vererbung das Handelsgeschäft mit dem Handelsvermögen identifizieren, berührt diese Beweisführung nicht. Im Übrigen giebt es aber auch tatsächliche Verhältnisse, die wenn auch nicht als Rechte, so doch als Werte des Vermögens auf den Erben übergehen. Zum Beispiel der Besitz (§ 857 BGB.).

d. h. er umfaßt das gesamte Handelsvermögen.

Insofern nun das Handelsgeschäft ein Bestandteil des Nachlasses ist, richtet sich seine Vererbung in erster Linie nach den erbrechtlichen Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches (5. Buch). Indes tritt hier nun ergänzend das Handelsgesetzbuch ein, indem es für die Fälle, in welchen das Handelsgeschäft in seiner Bedeutung über den Nachlaß herauswächst, d. h. in der Person des Erben als Geschäftsherrn fortlebt und demselben so außer den gewöhnlichen und gegenwärtigen erbschaftlichen Vermögenszuwüchsen noch die Chaneen regelmäßiger zukünftiger Erträgnisse gewährt — auch die gewöhnliche Rechtsbehandlung des Nachlasses durchbricht und sich mit Recht in der Regelung dieser Situation an die ähnliche des Geschäftsüberganges unter Lebenden anlehnt.

Die Behandlung beider Übergänge war bisher handelsrechtlicher Gewohnheit überlassen, und ist erst von dem neuen Handelsgesetzbuche vom 10. Mai 1897 in den §§ 22, 23, 25, 26 und 27 in erschöpfender Weise geordnet worden.

# I. Abschnitt.

## § 2.

### Erbschaftserwerb. Aktiva und Passiva.

Mit dem Tode einer Person geht als Bestandteil ihres Vermögens auch das von ihr geführte Handelsgeschäft auf den oder die mehreren Erben über.[20] An diesem Übergange, der wie jeder Erbschaftserwerb auf den drei Berufungsgründen: Gesetz, letztwilliger Verfügung und Erbvertrag beruhen kann, nehmen alle zum Betriebe des Handelsgeschäftes gehörigen Vermögensrechte und -Verbindlichkeiten privatrechtlicher Natur teil, insoweit sie vererblich[21] sind. Dem Privatrechte müssen sie angehören, — denn wenngleich wohl die Privatpersonen, auch Privatpersonen in ihrer Eigenschaft als Geschäftsinhabern zustehenden Berechtigungen und Pflichten aus dem öffentlichen Rechte in Ausnahmefällen vererblich sein können, wie z. B. im gewissen Sinne das Recht auf behördliche Konzession zu einem Gewerbe,[22]

20) § 1922 BGB.

21) Darüber s. Näheres bei Borcherdt. Das Erbrecht und die Nachlaßbehandlung S. 125 V. Binder a. a. O. Bd. I, S. 8 ff. Böhm, Erbrecht S. 4 ff.

22) § 46 R.-Gewerbeordnung. S. Borcherdt: Ebenda.

so vollzieht sich doch ihre Vererbung außerhalb der im Privatrecht begründeten und nur das Privatrecht umfassenden Erbschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ebenso finden dessen erbrechtliche Bestimmungen nur auf die Vermögensrechte des Privatrechts Anwendung, während z. B. vererbliche Familienrechte, die ja allerdings unseren Fall nicht berühren, kraft eigenen und besonderen Rechts übergehen. Gleichfalls außerhalb des gemeinen bürgerlichen Erbrechts liegen die Erbordnungen der Spezialsukzessionen, z. B. der Familienfideikommisse, — bei denen es sich sehr wohl um die Vererbung handelsgewerblicher Betriebe, besonders der im § 3 des HGB. bezeichneten (land- und forstwirtschaftlichen Nebenbetriebe) handeln kann.

Mit dem Tode des Erblassers geht das Vermögen desselben auf die Erben über, — und zwar unbeschadet des Rechtes, die Erbschaft auszuschlagen.[23] Der Erwerb derselben ist demnach schon mit dem Erbfall vollzogen, aber noch nicht vollkommen, solange für die Erben noch das Recht der Ausschlagung besteht.[24] Dieses Recht geht verloren, wenn der Erbe entweder die Annahme erklärt oder wenn er die für die Ausschlagung vorgeschriebene Frist verstreichen läßt, ohne die Ausschlagung zu erklären.[25] Die Annahme kann auch durch konkludente Handlungen[26] erfolgen, — z. B. das Gesuch um Erteilung eines Erbscheins, — die Anfechtung der Ausschlagung,[27] die Anfechtung eines Testamentes durch den gesetzlichen Erben, nicht aber die Besorgung erbschaftlicher Geschäfte schlecht-

23) § 1942 BGB.
24) Jäger, Erbenhaftung und Nachlaßkonkurs. S. 2 III.
25) §§ 1943 ff. BGB.
26) Borcherdt a. a. O. S. 111, 2.
27) §§ 2357, 3, 1957 BGB.

hin,[28] also auch nicht einmal die ständige Tätigkeit und Vornahme von geschäftlichen Handlungen im Geschäftsbetriebe des Erblassers, denn es kommt darauf an, ob solche Handlungen lediglich die Erhaltung und Sicherung der Erbschaft bezwecken, oder ob aus ihnen der Wille, Erbe zu sein zu entnehmen ist.[29]

Deshalb braucht auch in der Fortführung des Geschäfts, sogar in der Eintragung des Geschäftsüberganges ins Handelsregister keine Annahme zu liegen,[30] denn alles das können sehr wohl nur Maßregeln zur Sicherung und Erhaltung der Erbschaft sein. Dagegen sieht Staub[31] in der Fortführung des Handelsgeschäftes unter einer neuen Firma den deutlichen Willen, Erbe zu sein, weil in der Änderung der Firma eine prägnantere Verfügung über ein Nachlaßobjekt liege, als zur bloßen Sicherung erforderlich sei. Dem wird man prinzipiell zustimmen können, zumal dem Erben, der die alte Firma ablegen will, nach dem Grundsatze der Firmenwahrheit (§ 18 des HGB.) nur sein eigener Name als neue Firma zur Verfügung bleibt. Ebenso wird in der Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma, aber mit Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes regelmäßig die Erklärung der Annahme liegen.[32] In jedem Falle bedeutet die handelsübliche Bekanntmachung der Passivenübernahme die Annahme der Erbschaft.[33]

28) § 1959 BGB.

29) Böhm a. a. O. S. 189.

30) Staub, S. 153, Anm. 16.

31) Kommentar, S. 150, Anm. 6. Dagegen Goldmann, Kommentar S. 131.

32) Bolte, Zeitschrift f. d. g. Handelsrecht. Bd. 51, S. 454.

33) Lehmann-Ring, S. 99.

Schlägt der Erbe die Erbschaft aus, so gilt der Anfall an ihn als nicht erfolgt. Daher wird er demjenigen, welchem schließlich die Erbschaft zufällt, für die von ihm in der Zwischenzeit vorgenommenen erbschaftlichen Geschäfte wie ein Geschäftsführer ohne Auftrag berechtigt und verpflichtet.[34] Rechtsgeschäfte, welche gegenüber dem Erben als solchem vorgenommen werden müssen, z. B. Kündigungen, Mahnungen etc. sowie Verfügungen, welche ohne Nachteil für den Nachlaß nicht verschoben werden konnten, bleiben, wenn sie gegenüber oder von dem Ausschlagenden vor der Ausschlagung vorgenommen worden sind, auch nach der Ausschlagung wirksam.[35]

Nachdem die Erbschaft angenommen worden ist oder nicht mehr ausgeschlagen werden kann, ist der Erwerb seitens des Erben ein vollkommener. Mit dem Vermögen sind nun die Aktiva[36] und nach der herrschenden Lehre auch die Passiva definitiv auf ihn übergegangen. Was zunächst die Aktiva betrifft, so gehen sie samt und sonders auf den Erben über, auch wenn der Erblasser über bestimmte von ihnen anders verfügt hat. Solche Verfügungen können z. B. in Vermächtnissen enthalten sein, kraft deren der Erblasser Dritten etwa ein zu den Geschäftsaktiven gehöriges Grundstück, gewisse Baarbestände, Wertpapiere, Gegenstände der Geschäftseinrichtung, des Warenlagers oder einzelne, unter Umständen auch eine ganze Gattung von Geschäftsforderungen[37] zugewiesen

34) § 1959. §§ 677 ff. BGB.

35) § 1959, 2 und 3 BGB.

36) Eine Zusammenstellung der Geschäftsaktiva findet sich bei Behrend, Lehrbuch S. 203, auf die ihrer Vollständigkeit wegen hingewiesen sein möge.

37) S. auch § 2173 BGB.

hat. Da Vermächtnisse aber nur einen persönlichen Anspruch[38] gegen den Erben auf Leistung des vermachten Gegenstandes gewähren, so geht derselbe zunächst dinglich mit dem ganzen Vermögen auf den Erben über. Auch wenn der Erblasser einem Schuldner des Geschäfts seine Schuld erlassen hat (legatum liberationis),[39] hat der Bedachte nur einen Anspruch auf Erlaß gegen den Erben. Was hier von der anderweitigen Verfügung über Geschäftsaktiva durch Vermächtnisse gesagt worden ist, gilt auch von Schenkungen von Todeswegen gleicher Art,[40] insofern das Schenkungsversprechen nicht schon vom Schenker selbst zu seinen Lebzeiten vollzogen wurde. Aber auch in dem Falle, daß der Erblasser etwa von mehreren Miterben einem das Geschäft, einem anderen gewisse Aktiva aus demselben zugewiesen hätte, erfolgt keine dingliche Aussonderung[41] der betreffenden Aktiva aus dem Handelsgeschäft, sondern die Erbschaft geht alsdann einschließlich des Geschäfts auf die Miterben insgesamt über. Denn die Verfügung des Erblassers würde nur die Bedeutung einer Teilungsanordnung haben, welcher auch ihrerseits nur obligatorische Wirkungen entspringen.[42]

„Unter die Geschäftspassiva fallen alle Verbindlichkeiten, die im Betriebe des Handelsgeschäftes oder behufs desselben entstanden sind".[43] Daß die Verbindlichkeiten

38) § 2174 BGB.
39) S. Planck, Kommentar V, S. 356, 2.
40) § 2301 BGB.
41) Dagegen Frommhold, Kommentar zum Erbrecht. Anm. 2 zu § 2174, S. 177. Wilke, Kommentar S. 180, 2.
42) § 2078 BGB. Planck, S. 199, 2.
43) Behrend, Lehrbuch S. 204.

des Erblassers auf den Erben übergehen, ist zweifellos, da es das BGB. in seinem § 1967 ausdrücklich vorschreibt, streitig aber war von jeher, ob die Verbindlichkeiten, wie es die herrschende Meinung annimmt, als Bestandteil des Vermögens[44] übergehen oder ob sie nur eine Belastung desselben darstellen. Der letzteren Anschauung haben sich nach dem Vorgange Birkmeyers, welcher in seinem Buche „Das Vermögen im juristischen Sinne"[45] die Quellen revidierte, eine Anzahl Schriftsteller zugewendet, die den Satz: „Vermögen ist eine Summe von Rechten" auch für das BGB. begründen wollen.[46] Eines ihrer Hauptargumente ist der Wortlaut und die Geschichte[47] der §§ 1922 und 1967 des Gesetzbuches, welches im ersten derselben bestimmt, daß mit dem Tode einer Person ihr Vermögen als Ganzes auf die Erben übergehe, — die Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten aber im zweiten Paragraphen ausdrücklich noch einmal festsetzt, was doch unnötig gewesen wäre, wenn die Schulden zum Vermögen gehörten. Die Erörterung dieser Frage, welche für unser Thema bei der unzweideutigen gesetzlichen Regelung praktisch ohne Bedeutung ist, würde uns indes an dieser Stelle zu weit führen.

---

44) Planck a. a. O., S. 9a. Frommhold, S. 3 Anm. 2. Staudinger, Kommentar V, S. 10 2a. S. auch Windscheid, Pandekten, § 42, 3, 6. Auflage.

45) Erlangen 1879, S. 330.

46) Binder a. a. O., Bd. I S. 10. Hagen: Iherings Jahrbücher „Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten", Bd. 42 S. 57.

47) Protokolle zur II. Lesung V S. 650.

# II. Abschnitt.

## Die Haftung nach dem bürgerlichen Gesetzbuche.

### § 3.

### Allgemeines.

Während in der rechtlichen Behandlung von aktiven Bestandteilen des gewöhnlichen Erbschafts- und des Geschäftsvermögens ein Unterschied nicht besteht, da beide in derselben Weise nach den Grundsätzen des BGB. übergehen, — finden wir bei der Haftung für die gewöhnlichen und für die Geschäftsschulden des Nachlasses tiefgreifende Verschiedenheiten. Zwar erhebt sich die Haftung für Geschäftsschulden zunächst auf dem Unterbau der gemeinen bürgerlichen Erbenhaftung, alsdann aber erfährt sie durch die Vorschriften des § 27 des HGB. eine spezielle und weitergehende Ausgestaltung.

Was zunächst das BGB. betrifft, so unterscheidet es in seinem § 1967 als Nachlaßverbindlichkeiten:

1. die vom Erblasser herrührenden Schulden,
2. die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten, insbesondere Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen.

Beide werden bei verschiedenen Gelegenheiten verschieden behandelt, insbesondere ist es die Tendenz des

Gesetzes bei unzureichendem Nachlaß zuerst die vom Erblasser herrührenden Schulden als wirkliche Schulden desselben zu berichtigen und dann erst die aus einer Freigiebigkeit des Erblassers Berechtigten zu befriedigen [48] Geschäftsschulden werden naturgemäß meistens zur ersten Kategorie gehören, indessen können sie sehr wohl auch aus Auflagen und Vermächtnissen herrühren besonders im Falle des legatum debiti, über welches das BGB. wie über das legatum liberationis keine besonderen Vorschriften aufgenommen hat. Eine derartige Erklärung des Erblassers, einem anderen eine Leistung zu schulden, kann den Inhalt und Zweck haben, dem Bedachten den Beweis seiner Forderung zu erleichtern, oder ihn auf eine ihm unbekannte oder entfallene Forderung aufmerksam zu machen, kann aber auch ein Schuldanerkenntnis enthalten und als solches einen selbständigen Verpflichtungsgrund bilden.[49]

## § 4.

## Das Prinzip der Erbenhaftung im BGB.

### I.

Im Übrigen kann es natürlich an dieser Stelle nicht unsere Aufgabe sein, eine Darstellung der Erbenhaftung nach dem BGB. zu geben. Erforderlich ist es für uns nur, — das grundlegende Prinzip der Haftung näher zu untersuchen, über welches sich, so jung die Gesetzgebung auch ist, wegen der unsicheren Redaktion und des zweideutigen Ausdruckes der entsprechenden Vorschriften bereits ein ausgedehnter Streit entsponnen hat.

48) §§ 1991, 4, 1973, 1, 1980, 1, Satz 2
49) Planck, S. 354 b § 781 BGB.

Denn die Entscheidung, zu welcher wir gelangen werden, wird uns wichtig sein als Voraussetzung für Schlüsse, die wir zur Beweisführung innerhalb unseres speziellen Themas gebrauchen werden.[50]

Der Kulminationspunkt des ganzen Streites ist die Bestimmung des § 1967:

„Die Haftung des Erben beschränkt sich auf den Nachlaß, wenn eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist."

Die Diskussion über die Frage, ob im BGB. das Prinzip der unbeschränkten Haftung herrsche, wie die Mehrheit der Schriftsteller behauptet, — oder das Prinzip der beschränkten Haftung, zu dem sich eine starke Minderheit bekennt, — ist nun in der Wissenschaft in zweierlei Richtung eingestellt worden.

A) Während die Anhänger der unbeschränkten Haftung[51] annehmen, die Beschränkung der Haftung könne regelmäßig nur durch die beiden Mittel des § 1967 herbeigeführt werden,

B) führen die Anhänger der beschränkten aus, die Beschränkung werde durch die Nachlaßverwaltung und den Nachlaßkonkurs nicht herbeigeführt, sondern als schon vorhanden nur mit diesen Mitteln praktisch geltend gemacht — und zwar:

50) S. unten § 8.

51) Planck, Kommentar V, S. 65 ff. Wendt, Archiv f. civil. Praxis, Bd. 86, S. 384. Planck, Deutsche Juristenzeitung v. J. 1899, S. 368. Böhm bei Gruchot, Beiträge z. Erläut. d. dtsch. Rechtes, Bd. 42, S. 460. Staudinger, Kommentar V, S. 110. Jäger a. a. O., S. 1. Strohal, Erbrecht § 72, S. 405. Matthiaß, Lehrbuch Bd. 2, S. 473.

1. giebt der eine Teil [52] dieser Schriftsteller zu, daß auf andere Weise als durch Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs die beschränkte Haftung regelmäßig nicht geltend gemacht werden könne,

2. während der andere Teil [53] die Ansicht vertritt, daß diese Mittel nicht die einzigen gegebenen seien, sondern daß sich der grundsätzlich beschränkt haftende Erbe auch außerhalb der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses auf die Beschränkung seiner Haftung berufen und insbesondere ohne weiteres die Widerspruchsklage aus CPO. 767 bei einer Zwangsvollstreckung in sein eigenes Vermögen erheben könne.

Die verschiedene Tragweite der divergierenden Anschauungen ist klar:

Während die Kontroverse zwischen A und $B_1$ vorwiegend theoretischer Natur ist, indem jede der beiden „Anschauungen, je nachdem sie „unbeschränkt" oder „beschränkt" als Regel setzt, den Eintritt einer Besonderheit verlangt, um zu dem „anderen" zu gelangen, in der Praxis aber im allgemeinen denselben Kreis von Möglichkeiten in sich schließt, — zeigt $B_2$ ganz bedeutsame, auch schon für die grundlegende Gestaltung des Systems der Erbenhaftung praktische Abweichungen. Praktisch, kann man also sagen, stehen A und $B_1$ verbündet gegen $B_2$.

Zunächst soll die Entstehungsgeschichte der Vorschriften über die Erbenhaftung in ihren Grundzügen verfolgt werden. Dabei finden wir, daß schon die Stellung des

52) Goldmann bei Gruchot, Bd. 43, S. 428 ff. Eccius bei Gruchot, Bd, 43, S. 603. Frommhold a. a. O., S. 42. Endemann III, 395.

53) Hachenburg, „Das Bürgerliche Gesetzbuch": Vorträge 2. Aufl S. 659 ff. Binder, Bd. II a. a. O., S. 63 ff. Münchmeyer: „Die Haftung des Erben und Miterben nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch".

I. Entwurfes zum BGB. in der Frage nach dem Prinzip der Erbenhaftung eine bestrittene ist.[54]

Der § 2051 des Entwurfes lautet:

„Die zum Vermögen des Erblassers gehörenden Rechte und die vermögensrechtlichen Verbindlichkeiten gehen kraft Gesetzes auf den Erben über."

Und der § 2092:

„Der Erbe kann die Erfüllung der ihm als Erben obliegenden Verbindlichkeiten (Nachlaßverbindlichkeiten) wegen Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Berichtigung aller Nachlaßverbindlichkeiten nach Maßgabe der §§ 2093 bis 2150 verweigern". Daraus, daß gesagt ist, der Erbe könne die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten verweigern, ließe sich wohl auf die beschränkte Haftung schließen, wenn nicht vorher die Nachlaßverbindlichkeiten allgemein, also auch die, deren Erfüllung er verweigern kann, als „ihm als Erben obliegende" bezeichnet wären. Außerdem kann der Erbe die Erfüllung der Nachlaßverbindlichkeiten nicht stets verweigern, d. h. die Nachlaßgläubiger nicht stets von seinem eigenen Vermögen auf den Nachlaß verweisen, sondern nur, wenn der Nachlaß zur Berichtigung aller Verbindlichkeiten unzulänglich ist, also nur bei Insolvenz des Nachlasses.

Es ergiebt sich demnach aus dem § 2092 die grundsätzlich unbeschränkte Haftung, die der Erbe nach Maßgabe der §§ 2093—2150 in eine beschränkte verwandeln kann.

Daß in der Tat auch die grundsätzlich unbeschränkte Haftung vom Gesetzgeber beabsichtigt war, zeigen die

54) Für die unbeschränkte Haftung, Planck S. 66, für die beschränkte Goldmann a. a. O. 428 ff. Binder a. a. O. S. 53.

Motive zum Entwurf S. 604: „Der Erbe wird persönlicher Schuldner aller Nachlaßverbindlichkeiten" und S. 770: „So lange der Erbe den Nachlaßkonkurs nicht beantragt oder die Abzugseinrede nicht vorgeschützt hat, haftet er persönlich in vollem Umfange". In diesem Sinne wurde auch der I. Entwurf allgemein von der Kritik aufgefaßt — die den Ausgangspunkt desselben teils billigte, teils lebhaft bekämpfte, ihn aber einstimmig als den der unbeschränkten Haftung annahm.[55]

Ob indes der Entwurf dieses sein ausgesprochenes Prinzip auch wirklich in der Gestaltung der Materie zur Durchführung gebracht hat, ist eine andere Frage. Und sie ist von Binder verneint worden.[56] Die Mittel, durch die der Erbe seine Haftung beschränken kann, sind im I. Entwurf der Nachlaßkonkurs und die Abzugseinrede. In der Abzugseinrede nun, die dem Erben das Recht geben sollte, den insolventen Nachlaß in der Hand zu behalten und die einzelnen Gläubiger konkursmäßig, d. h. mit Abzug derjenigen Quoten, mit denen sie im Konkurse ausgefallen wären, zu befriedigen, sieht Binder das offiziell vom Entwurfe abgelehnte Prinzip der beschränkten Haftung trotzdem durchgeführt. Der Erbe habe die Möglichkeit, durch einfache Einrede der beschränkten Haftung der Gläubiger von seinem eigenen Vermögen zurückweisen zu können. Nun erhebt sich allerdings die Frage, ob diese „einfache Zurückweisung vom eigenen Vermögen durch Einrede" — im Gegensatz zur Nachlaßseparation das Prinzip der beschränkten Haftung notwendig in sich trägt.

55) Amtliche Zusammenstellung der gutachtlichen Äußerungen zu dem Entwurfe eines BGB., S. 171.

56) a. a. O. II. Bd., S. 55.

Binder selbst fühlt hier eine Schwäche seiner Auffassung und sieht darin, daß der Erbe nach dem Entwurfe sein Prinzip, d. h. die Beschränkung seiner Haftung, erst einreden müßte, anstatt, daß der Gläubiger, wie es die prinzipiell beschränkte Haftung doch logisch erforderte, das Nichtzutreffen des Prinzipes, d. h. die unbeschränkte Haftung des Erben zu behaupten und zu beweisen hätte, den Mangel einer strikten Durchführung des Prinzipes aus historischen Gründen. Überzeugender wäre die Berufung auf praktische Gründe gewesen.

Daß aus praktischen Gründen das sonst — nehmen wir es einmal an — durchaus feststehende Prinzip der beschränkten Haftung in der Konsequenz seiner Durchführung gebrochen werden könnte, ohne daß es damit aufzuhören brauchte, das Prinzip der beschränkten Haftung zu bleiben, soll zugestanden werden. Es wäre wohl möglich zu sagen:[57] „Der Erbe haftet beschränkt, aber er muß seine Beschränkung einreden". Denn eine Gesetzgebung, welche die Verschmelzung der beiden Vermögen beim Vermögensübergang, — und besonders fundamental bei der Universalsukzession der Erbschaft annimmt, — kann dem Dritten (Gläubiger) gegenüber die beiden verschmolzenen Vermögen nicht regelmäßig wieder als getrennt betrachten und ihm nicht zumuten, erst zu beweisen, was zu dem einen oder zu dem anderen gehört. Demgegenüber wäre allerdings die Einrede auch für denjenigen Erben, der prinzipiell nur beschränkt haftete, — der leichteste und selbstverständlichste Ausweg.

---

57) Dagegen Staudinger (Herzfelder) a. a. O., S. 112 Anm.

Wir haben also gesehen, daß sich zwar die Einrede grundsätzlich mit dem Prinzip der beschränkten Haftung nicht vereinbaren läßt, weil sich eben überhaupt das Prinzip der Vermögensverschmelzung nicht recht mit dem Prinzip der beschränkten Haftung vereinbaren läßt, schließlich könnten wir aber den logischen Widersinn, daß der Erbe sein Prinzip erst einreden muß, — doch aus den oben angeführten Gründen hinnehmen, wenn — ja wenn der Entwurf sonst dieses Prinzip der beschränkten Haftung unzweideutig entweder in seinen Worten[58] oder in seinen Gestaltungen zu Grunde legte.

Davon ist aber gerade das Gegenteil war. M. E. liegt der Fall so: Binder geht bei der Beurteilung der Abzugseinrede vom „Abzug" aus, — d. h. von dem Bestandteil ihres Wesens, daß sie dem Erben ohne Separation und ohne irgend eine Formalität die Möglichkeit gebe, beschränkt zu haften. Den Bestandteil der „Einrede" erklärt er als eine Inkonsequenz des Prinzips. Wir aber, die wir die unbeschränkte Haftung annehmen, gehen von der „Einrede" aus. Sie ist uns keine Prinzipwidrigkeit, sondern das Natürliche. Wer das Recht, seine Haftung zu beschränken, geltend machen will, muß sich gegen die Inanspruchnahme seines eigenen Vermögens seitens der Nachlaßgläubiger wehren. Die Geltendmachung seines Abwehrmittels — der Haftungsbeschränkung, ist aber vom Entwurf auf die denkbar formloseste Form gebracht worden, — auf die einfache Erklärung, nur beschränkt haften zu wollen.

58) Dies tut zum Beispiel der § 419, 2 des BGB. Hier ist die Haftung des Vermögensübernehmers ausdrücklich für eine beschränkte erklärt. Trotzdem muß er sich auf seine beschränkte Haftung berufen, d. h. sie einreden.

Durch diese Erklärung *erwirbt* der Erbe die beschränkte Haftung. Und umgekehrt kommen wir alsdann von der „Einrede" zum „Abzug", indem wir sagen: Durchgeführt wird die erworbene Beschränkung durch den Abzug.[58a]

Wir sehen also daraus, daß die Abzungseinrede des Entwurfes sich durchaus zwanglos und ohne daß wir wie *Binder* Inkonsequenzen in der Durchführung unseres Prinzips anzunehmen brauchen, vom Standpunkte der unbeschränkten Haftung erklären läßt und bleiben umso überzeugter bei diesem Resultat, als es sich mit den Motiven und dem im § 2092 ausgesprochenem Grundsatze vollkommen deckt, — während die Annahme der beschränkten Haftung ihnen widerspricht.

Im II. Entwurf zum BGB. war die Abzugseinrede dem einhelligen Widerspruche der Kritik gewichen.[59] An ihre Stelle war die Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger (Nachlaßverwaltung) getreten,[60] ohne daß der II. Kommission, der es überhaupt mehr auf eine praktische Gestaltung des Systems

58 a) Dagegen würde vielleicht eingewendet werden, daß der Erbe durch das Beschränkungsmittel „Abzugseinrede" immer nur einzelnen Gläubigern gegenüber, nicht aber allgemein seine Haftung hätte beschränken können. Dieser Einwand wäre unzutreffend, denn das Erfordernis summarischer Beschränkung gehört nicht notwendig zum Wesen der Beschränkbarkeit. Beschränkbar ist auch die Haftung, der das Recht zur Beschränkung in jedem Einzelfalle gewährleistet ist, zumal wenn wie bei der Abzugseinrede zur Bewirkung der Beschränkung keine andere Tätigkeit seitens des Erben nötig ist, als die, welche auch der prinzipiell beschränkt haftende Erbe in jedem Einzelfalle aufwenden müßte, um seine beschränkte Haftung geltend zu machen.

59) S. Protokolle zur 2. Lesung. S. 759.

60) S. Protokolle, S. 762

angekommen war, eine etwaige Änderung des Haftungsprinzips bewußt geworden wäre. Ein ausdrücklicher Antrag, die beschränkte Haftung einzuführen — nicht wie Binder meint beizubehalten,[61] — war in der Subkommission, die sich zunächst mit dem Inventarrecht befaßt hatte, abgelehnt und in der Hauptkommission aus Mangel an Zeit und in dem offenbaren Bewußtsein seiner Aussichtslosigkeit nicht mehr eingebracht worden. Er lautete: „Der Erbe haftet mit den Kräften des Nachlasses. Es wird eine gesetzliche Inventarfrist für den Erben aufgestellt. Ist diese abgelaufen, ohne daß der Erbe ein Inventar errichtet hat — so tritt die Vermutung ein, daß der Nachlaß zur Bestreitung der Nachlaßschulden ausreiche".[62]

In jedem Falle mußte auch für diejenigen, welche in der Abzugseinrede den Beweis der beschränkten Haftung gesehen hatten, aus deren Entfernung konsequenterweise auch das Verschwinden der grundsätzlich beschränkten Haftung folgen. Dies giebt Binder auch zu.[63] Mit welchen Gründen er trotzdem für die Beibehaltung dieses Prinzips eintritt, soll unten erörtert und widerlegt werden. Deutet so die Geschichte des BGB. zweifellos auf das Prinzip der unbeschränkten Haftung hin, so hat man doch aus den Bemerkungen der Denkschrift zur Reichstagsvorlage das Gegenteil geschlossen.[64] Dort heißt es: „Wenn hiernach der Entwurf bestimmt, daß der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten haftet, —

61) a. a. O., S. 58.
62) Protokolle, S. 731.
63) a. a. O., S. 60.
64) Bes. Hachenburg, S. 659, Goldmann 428 ff.

so hat er zunächst nur eine Haftung mit dem Nachlasse im Auge".[65] Gegen eine andere als wirtschaftliche Bedeutung dieser und ähnlicher Stellen hat sich jedoch außer mehreren anderen Schriftstellern[66] der Verfasser der Denkschrift selbst, Unzner, gewendet und ausgeführt, daß die Haftung in der Denkschrift nur deshalb eine beschränkte genannt werde, — weil der Erbe jederzeit in der Lage sei, die Beschränkung herbeiführen zu können.[67] Damit wird der Wortlaut der Denkschrift bedeutungslos.

Wir wenden uns nun den Vorschriften des BGB. selbst zu und betrachten unbefangen, was ihr Wortlaut und ihre Anordnung für die eine und für die andere Auffassung aussagen. Der erste Teil des II. Titels, welcher die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten behandelt, ist überschrieben mit dem Worte „Nachlaßverbindlichkeiten" und stellt somit im Gegensatz zu den anderen Teilen „Aufgebot der Nachlaßgläubiger" — „Beschränkung der Haftung" usw. das Allgemeine über die Nachlaßverbindlichkeiten dem Besonderen und Speziellen gegenüber. Wenn irgendwo, so haben wir m. E. hier nach den allgemeinen Prinzipien über die Nachlaßverbindlichkeiten zu suchen. Und in der Tat finden wir hier die beiden grundlegenden Bestimmungen für das ganze Institut.

1. Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten (§ 1967, Abs. 1).

---

65) S. 384.
66) S. Planck a. a. O., S. 66, Wendt a. a. O., S. 355.
67) Krit. V. J. Schrift., Bd. 41, S. 257.

2. Er giebt Antwort auf die Frage. — Was sind Nachlaßverbindlichkeiten? (§§ 1967$_2$—1969.)

„Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten". Der Satz ist schwer mißzuverstehen. Er bedeutet: Der Erbe haftet für die Nachlaßverbindlichkeiten schlechthin, — d. h. für alle Nachlaßverbindlichkeiten, zumal bei einem System, welches als Folge der Sukzession die vollkommene Konfusion innerhalb der beiden Vermögen eintreten läßt. Sollte irgend ein anderes Maß der Haftung angenommen sein, so müßte dies ausdrücklich bezeichnet sein, z. B. in der Weise, daß gesagt wird, „der Erbe haftet mit den Kräften des Nachlasses, oder der Erbe haftet nach Maßgabe der §§ — — —,[67a] zumal ja ein Maß immer relativ ist und der bestimmten oder doch bestimmbaren Fixierung bedarf. Wenn hiergegen aber unter Berufung auf die oben angeführte mißverstandene Stelle der Denkschrift und die Entstehungsgeschichte der Bestimmung eingewendet wird, durch den Satz des § 1967$_1$ solle nur zum Ausdruck gebracht werden, daß der Erbe überhaupt hafte,[67b] — die Bestimmungen darüber, wie er hafte, — würden erst in den besonderen Abschnitten aufgeführt,[68] so bliebe dabei doch mindestens eine arge Leichtfertigkeit des Ausdruckes bestehen, welche wir ohne Spur eines Beweises durchaus keinen Grund haben, dem Gesetzgeber bei der Formulierung eines so wichtigen

---

67a) So im I. Entwurfe § 2092.

67b) Ob dies schon durch die allgemeine Bestimmung des § 1922, daß mit dem Tode einer Person deren Vermögen als Ganzes auf den Erben übergehe, ausgedrückt sei, war nämlich in der II. Kommission bei der Streitigkeit des Vermögensbegriffes zweifelhaft geworden.

68) Binder a. a. O., S. 84. Goldmann, S. 442.

Satzes zuzumuten, — noch dazu, da dieser Gesetzgeber augenscheinlich der ganzen Leitsatz-Stellung nach,[69] die er diesem Satz gegeben, sich seiner Wichtigkeit wohl bewußt gewesen sein muß.

Unter diesen Leitsatz gruppieren sich nun die Bestimmungen der beiden folgenden Unterabteilungen in zwangloser Weise, — während ihre Ausdrucksweise und Anordnung bei Annahme der beschränkten Haftung die erheblichsten Schwierigkeiten machen.

Was erstens das Aufgebot der Nachlaßgläubiger anlangt, so folgt aus dem Satze des § 1973 1: „Der Erbe kann die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird", — klar und logisch: „Der Erbe kann die Befriedigung eines *nicht* im Aufgebotsverfahren insoweit *nicht* verweigern, d. h. er haftet den Gläubigern im allgemeinen unbeschränkt. Damit stimmt auch der Ausdruck in § 2013 2: „Auf eine nach § 1973 oder nach § 1974 *eingetretene* Beschränkung der Haftung kann sich usw."

Ferner paßt die leitende Bestimmung der dritten Unterabteilung des 2. Titels, welche „Beschränkung der Haftung" überschrieben ist, zur unbeschränkten Haftung, nicht aber zur beschränkten. Aus dem Satz:

„Die Haftung des Erben für die Nachlaßverbindlichkeiten beschränkt sich auf den Nachlaß, *wenn* eine Nachlaßpflegschaft zum Zwecke der Befriedigung der Nachlaßgläubiger angeordnet oder der Nachlaßkonkurs

69) Planck a. a. O., S. 66. Jäger a. a. O., S. 2. Wendt, S. 357.

eröffnet ist", folgt wiederum: „Die Haftung des Erben beschränkt sich nicht auf den Nachlaß, wenn keine Nachlaßverwaltung angeordnet oder kein Nachlaßkonkurs eröffnet ist". Aus der unbeschränkten Haftung erklärt es sich auch besser, daß in den Fällen des § 1975, in denen sich die Haftung auf den Nachlaß beschränkt, die mit dem Erbfall eingetretene Konfusion innerhalb der beiden Vermögen als nicht eingetreten gilt (§ 1976).

Die Behauptung gewisser Anhänger[70] der beschränkten Haftung, daß es außer den im § 1975 angeführten noch andere regelmäßige Mittel der Haftungsbeschränkung gäbe, — dies könnte bei dem Schweigen des Gesetzes nur die einfache Zurückweisung vom eigenen Vermögen des Erben sein — scheint uns endlich der § 1990 bündig zu widersprechen.

„Ist die Anordnung der Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich oder wird aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt, so kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht."

Die genannten Fälle, in denen der Erbe die Befriedigung der Gläubiger einfach verweigern kann, sind aber Ausnahmefälle und führen zu dem Schluß, daß der Erbe die Befriedigung allgemein nicht einfach verweigern kann.

Wie die Anhänger der beschränkten Haftung mit diesen Stellen, die für die unbeschränkte Haftung sprechen, fertig werden wollen, ja, daraus Schlüsse gegen die un-

70) S. oben Anm. 43.

beschränkte Haftung ziehen, soll später erörtert und widerlegt werden.

Die IV. Unterabteilung „Inventarerrichtung. Unbeschränkte Haftung des Erben" macht allerdings den Anhängern der herrschenden Lehre einige Schwierigkeiten.

§ 1994, Satz 2 besagt: „Nach dem Ablaufe der Frist (Inventarfrist) haftet der Erbe für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, wenn nicht vorher das Inventar errichtet wird". Daraus ist zu folgern, daß er vorher beschränkt gehaftet hat.

§ 2005: „Führt der Erbe absichtlich eine erhebliche Unvollständigkeit der im Inventar enthaltenen Angabe der Nachlaßgegenstände herbei usw. -- — --, so haftet er für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt".

Hier ist an einen besonderen Tatbestand der Eintritt der unbeschränkten Haftung als Folge geknüpft. Daraus muß wiederum gefolgert werden, daß die Haftung außerhalb dieses besonderen Tatbestandes, d. h. prinzipiell eine beschränkte ist. Aus derselben sprachlichen und rechtlichen Situation heraus ist es zu verstehen, wenn der § 2000, Satz 3 bestimmt, daß es beim Vorliegen bestimmter Voraussetzungen zur „A b w e n d u n g der unbeschränkten Haftung" der Inventarerrichtung des § 1994 nicht bedarf. Schließlich noch finden nach den §§ 2013, Satz 1 und 2016 eine Reihe wichtiger Vorschriften für den Fall keine Anwendung, daß der Erbe unbeschränkt haftet, woraus zu folgen scheint, daß dieser Fall vom Gesetze als eine Ausnahme betrachtet wird.

Diese Gesetzesstellen, welche zunächst für die beschränkte Haftung sprechen, suchen die Anhänger der herrschenden Lehre nun dadurch mit dieser in Einklang

zu bringen, daß sie dem Gesetz für den Ausdruck „unbeschränkt", den es gebraucht, den Ausdruck „unbeschränkbar" [71] imputieren.

Dadurch würden allerdings in sämtlichen dieser Stellen, — die eigentlich für unsere Frage die Bedeutung nur einer einzigen haben, indem der Gesetzgeber die einmal von ihm in § 1994 angenommene Terminologie [72] naturgemäß für den ganzen IV. Abschnitt fixierte, die Widersprüche mit der Annahme der grundsätzlich unbeschränkten Haftung gelöst sein. Nun trägt der Ausdruck „unbeschränkt" in allen diesen Vorschriften die Bedeutung „unbeschränkbar" oder besser „definitiv unbeschränkt" tatsächlich in sich. Gleichgültig, ob die Haftung vorher eine beschränkte oder unbeschränkte war, durch die Versäumung der Inventarfrist 2c. wird die Möglichkeit — beschränkt zu haften, für den Erben definitiv beseitigt. Wenn auch trotzdem bei Annahme der unbeschränkten Haftung der Ausdruck nicht als korrekt bezeichnet werden kann, so muß doch immerhin erwogen werden, daß der Gesetzgeber, der sich mit der theoretischen Frage nach dem Haftungsprinzip überhaupt augenscheinlich nicht viel befaßt hat, für die prinzipielle Haftung einen technischen Ausdruck weder gebraucht noch auch wohl im Sinn gehabt hat. Ihm kam es hauptsächlich auf eine bis ins einzelne gehende praktische Gestaltung des Systems an. Dabei war sein leitender Gesichtspunkt: Die Gläubiger sollen die möglichst sicherste Gewähr erhalten, daß der Nachlaß vor allem ihrer Be-

71) Planck, S. 66. Wendt, S. 396. Dag. Hachenburg, S. 663.

72) Desgleichen in den betreffenden Bestimmungen der CPO. wie § 784, 1 und der KO. wie § 225, 2.

friedigung diene, der Erbe soll grundsätzlich stets die Gelegenheit haben, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken. Aus diesem Gesichtspunkte heraus ist die Wahl des Ausdruckes „unbeschränkte Haftung" für den Zustand, in welchem dem Erben die Gelegenheit, seine Haftung zu beschränken, nicht mehr gegeben ist, zu betrachten und durchaus zu begreifen.

II.

Es sollen nun zunächst die inneren Bedenken geprüft werden, welche abgesehen von den äußeren, die in dem Wortlaute der §§ 1994, 2005 usw. liegen, von den Gegnern der unbeschränkten Haftung, von Hachenburg und neuerdings besonders von Binder in seinem schon vielfach zitierten Buche „Die Rechtsstellung des Erben nach dem deutschen Bürgerlichen Gesetzbuch" geltend gemacht worden sind.

Binder, welcher zugegeben hatte, daß mit der Entfernung der Abzugseinrede aus dem Entwurf logischerweise auch die — nach ihm — beschränkte Haftung daraus hätte weichen müssen, läßt doch diese Schlußfolgerung praktisch nicht gelten, indem er den Beweis dafür antritt, daß innerhalb des Gesetzes durch die schon in der Subkommission zur Beratung des Inventarrechts, — angebahnten Änderungen[73] ein organischer Zwiespalt[74] entstanden wäre zwischen

1. den offenen Tendenzen des Gesetzgebers, welche infolge der Abschaffung der Abzugseinrede die beschränkte Haftung auf der alleinigen Basis der Nachlaßseparation gründen wollten, — also

73) Prot. V, S. 740 ff.

74) Binder a. a. O., S. 60, S. 99.

zwischen offenen Tendenzen für die unbeschränkte Haftung und

2. zwischen praktischen aus dem I., — nach Binder vom Standpunkte der beschränkten Haftung redigierten Entwürfe — erhalten gebliebenen Gestaltungen des Gesetzes, die sich mit dem aus 1. folgenden Prinzip der unbeschränkten Haftung nicht vertrügen.

Binder weist als solche Gestaltungen das Inventarrecht auf, welches nur vom Standpunkte der beschränkten Haftung verstanden werden könne und besonders auch die prozessuale Regelung der Erbenhaftung in den §§ 780 und 781, auf der anderen Seite versucht er auch nachzuweisen, daß die Mittel, durch welche die Haftung nach der herrschenden Lehre beschränkt werden solle, gar keine wirklichen Mittel zur Beschränkung der Haftung seien und daß, da doch zum mindesten der Grundsatz der Beschränkbarkeit durchgeführt werden müßte, noch andere Mittel — wenn nötig gegen die Tendenzen des Gesetzgebers — erforderlich seien. Als solch ein Mittel rekonstruiert Binder dann die Abzugseinrede — und meint damit das Prinzip der beschränkten Haftung rein wiederhergestellt zu haben.

Für uns würde nun allerdings auch die Rekonstruktion der Abzugseinrede, vorausgesetzt, daß sie wirklich nötig wäre, noch keinen absoluten Beweis für die beschränkte Haftung bedeuten, denn wir haben oben gezeigt, daß auch sie recht wohl mit dem Prinzip der unbeschränkten Haftung zu vereinbaren ist.

Wir wenden daher unsere Aufmerksamkeit zunächst dem Punkte zu, in dem wir am tiefsten verwundbar sind

und beschäftigen uns mit dem, was über das Inventarrecht gesagt worden ist.

Binder also findet das Inventarrecht[74a] durchaus auf das System der beschränkten Haftung zugeschnitten. Nur wenn der Erbe beschränkt hafte, sei das Recht für den Gläubiger, seine Errichtung zu verlangen, wertvoll, und die schwere Folge, die das Gesetz an die Versäumung knüpfte, verständlich. Denn „das Inventar sei das Mittel, den Nachlaß, mit dem allein der Erbe haftete, den Gläubigern zu sichern. — — — es ermöglichte dem Gläubiger, sich den Zugriff auf den Nachlaß schneller zu verschaffen und beugte der Verschleppung des Nachlasses durch den Erben vor." — Haftet der Erbe aber „unbeschränkt", — polemisiert Binder gegen Strohal,[75] nach welchem die Nachlaßgläubiger durch das Inventar die Unterlage für die von ihnen zu treffenden Maßregeln gewinnen sollen, — „so ist der Gläubiger nicht sowohl daran interessiert, — Einblick in den Bestand des Nachlasses, als vielmehr in das eigene Vermögen des Erben zu erlangen, um ermessen zu können, ob ihm von Seiten der Erbengläubiger eine Benachteiligung droht, welche durch Separation des Nachlasses abzuwenden wäre. Die Anerkennung des von Strohal hervorgehobenen Interesses der Nachlaßgläubiger würde also auf eine Inventarisierung des Erbenvermögens, nicht des Nachlasses hinauslaufen."

Hierbei begeht indes Binder den Fehler, einseitig nur an die Möglichkeit einer Nachlaßverwaltung zu denken, welche dem Nachlaßgläubiger zur Sicherung seiner

74a) Binder, S. 65.
75) S. 415 a. a. O.

Ansprüche gegen den Nachlaß zur Verfügung stände und die Möglichkeit eines Nachlaßkonkurses, den der Nachlaßgläubiger beantragen könnte, ganz außer acht zu lassen.

Schon die Bedeutung der Nachlaßverwaltung für die Gläubiger erschöpft aber Binder nicht mit seinen obigen Ausführungen, wenn er meint, die Gefahr, die seitens der Gläubiger durch Beantragung der Nachlaßverwaltung abgewendet werden könne, sei hauptsächlich in einer etwaigen Benachteiligung durch die Erbengläubiger zu erblicken. Dabei unterschätzt er die Tatsache, daß das Mittel der Nachlaßseparation durch Nachlaßverwaltung den Nachlaßgläubigern nicht nur bei Gefährdung durch die Vermögenslage, sondern auch durch das Verhalten[76] des Erben gegeben ist. Und ob ein gewisses Verhalten des Erben die Befriedigung der Nachlaßgläubiger aus

---

76) Unzutreffend meint er S. 73 Anm. 41, daß gegen den unbeschränkt mit seinem ganzen Vermögen haftenden Erben, die allgemeinen Sicherungsmaßregeln, Arrest und Pfändung, genügten und genügen müßten, wenn er durch sein Verhalten die Befriedigung der Nachlaßgläubiger gefährdete. Denn will der Gläubiger einen Arrest ausbringen, so muß er den Arrestgrund, d. h. die Gefährdung glaubhaft machen. Verschenkt z. B. der Erbe die Möbel des Erblassers, so wird der Nachlaßgläubiger glaubhaft machen müssen, daß in dieser Entäußerung von Aktiven seitens des Erben im Verhältnisse zu dem Bestand des Nachlasses ein gefährdendes Verhalten liege. Dies wird er aber sehr häufig ohne Inventar nicht oder nur sehr schwer können. Ferner haftet der Erbe zwar unbeschränkt, — kann aber stets auch trotz gefährdenden Verhaltens seine Haftung noch beschränken. Hat der Nachlaßgläubiger aber, — was durchaus nicht unwahrscheinlich ist, da er ja ohne Inventar die tatsächlichen Massen des in der Hand des Erben vereinten Vermögens nicht unterscheiden kann, — Vermögensstücke nicht des Nachlasses, sondern des Erbenvermögens mit dem Arrest belegt, so kann der Erbe, wenn er nun seine Haftung beschränkt, die Aufhebung des Arrestes verlangen (§ 784 CPO.). Derselbe hat also dem Gläubiger keine Sicherung gewährt.

dem Nachlasse gefährde oder nicht, das kann häufig erst aus der Kenntnis des Nachlaßbestandes heraus beurteilt werden, für die das Inventar den Gläubigern die erforderliche Unterlage geben muß.

Ferner aber hat der Gläubiger ein sehr großes Interesse daran, zu erfahren, ob der Nachlaß insolvent sei, damit er unter Umständen den Konkurs beantragen kann. Es ist zwar, wie aus dem § 1980 hervorgeht, Pflicht des Erben, bei Insolvenz des Nachlasses unverzüglich die Eröffnung des Konkurses zu beantragen, und er macht sich im Falle vorsätzlicher oder fahrlässiger Unterlassung dieser Pflicht den Gläubigern für den daraus entstehenden Schaden verantwortlich. Darauf wird sich indes kein vorsichtiger Gläubiger verlassen dürfen. Denn einmal brauchte der Erbe, der noch kein Inventar angefertigt hat, die Überschuldung überhaupt nicht zu kennen und auch nicht kennen zu müssen, und es wäre sehr wohl möglich, daß er, nachdem er im guten Glauben an das Zureichen des Nachlasses denselben durch die volle Berichtigung der zunächst fälligen Nachlaßverbindlichkeiten vielleicht erheblich gemindert hätte, nun noch die Haftung durch Beantragung des Nachlaßkonkurses beschränkte, wobei er den ihn haftbar machenden unbefriedigten Nachlaßgläubigern gegenüber sich auf den Schutz des § 1979 berufen könnte. Dann aber kann ja der Erbe auch dolos oder fahrlässig handeln. Er kann in Kenntnis der Überschuldung des Nachlasses Gegenstände desselben beiseite schaffen, er kann in leichtsinniger Unkenntnis der Überschuldung achtlos mit dem Nachlasse umgehen.

Seine unbeschränkte Haftung schützt die Gläubiger[77] nicht. Der Erbe kann ihre Beschränkung auch jetzt

77) Unzutreffend Münchmeyer a. a. O., S. 13 unten.

noch jeden Augenblick herbeiführen, und seine Schadensersatzhaftung aus den §§ 1978—1980, die an ihre Stelle tritt, erlangt für die Gläubiger nur dann reale Bedeutung, wenn sie ihm den Schaden, den der Nachlaß durch ihn erlitten hat, nachweisen können. Dies dürfte indes in solchen trüben und vielleicht vom Erben noch mit Bewußtsein getrübten Fällen oft schwer möglich sein, ohne den Beistand eines rechtzeitig errichteten, verläßlichen Inventars. Aber gesetzt auch, die Schadenersatzhaftung ließe sich gegen den Erben wirksam begründen, so bleibt immer noch die Möglichkeit, daß der Erbe selbst insolvent ist und sein Verhalten oder seine Vermögenslage so geschickt zu verschleiern verstanden hat, daß die Nachlaßgläubiger ihm mit dem Antrage auf Separation des Nachlasses aus dem § 1981,2 nicht beikommen konnten.

Gegen solche Gefahren müssen die Gläubiger geschützt werden und sich schützen können. Das Mittel, das sie dazu haben, ist die Setzung der Inventarfrist. Im Inventare wird ihnen unter behördlicher Kontrolle der Nachlaß offengelegt, damit sie ermessen können, ob es in ihrem Interesse liege, die Nachlaßverwaltung oder den Nachlaßkonkurs zu beantragen; hier wird vor allem der Nachlaß ein für alle Male in seinem Bestande fixiert, so daß Versuche doloser Handlungsweise dem Erben abgeschnitten oder zum mindesten sehr erschwert sind.

Wenn Binder[78] ferner meint, daß der Gläubiger ja in der Lage sei, den Erben einfach auf Zahlung zu belangen und es diesem, wenn er die Beschränkung der Haftung geltend machen wolle, überlassen könne, die, nach der Ansicht der herrschenden Meinung dazu nötige Nach-

78) a. a. O., S. 67

laßverwaltung oder den Nachlaßkonkurs zu beantragen, wobei dann auch ohne Antrag des Gläubigers der Nachlaßbestand aufgenommen würde, und somit das ganze Inventarrecht eigentlich überflüssig sei, so ist darauf zu erwidern, daß es ja Gläubiger giebt, die ohne weiteres nicht in der Lage sind, den Erben auf Zahlung zu belangen, z. B. weil ihre Forderungen noch nicht fällig sind, ferner, daß es Gläubiger giebt, deren Interesse nicht unter allen Umständen darauf hingeht, Zahlung zu erhalten, sondern im Gegenteil darauf, sich eine gute Kapitalsanlage zu bewahren.[79]

Ebensowenig treffend ist der Einwand Hachenburgs, welcher bei Annahme der unbeschränkten den Wert des von dem Erben freiwillig errichteten Inventars[80] nicht begreift, da ja die Haftung trotzdem eine unbeschränkte bliebe.[81] Dieser Wert ist aber im § 2009 deutlich ausgesprochen, welcher bestimmt, daß das rechtzeitig errichtete Inventar, also auch das freiwillige, dem Erben die für spätere Prozesse überaus wichtige Vermutung sichert, daß zur Zeit des Erbfalls weitere Nachlaßgegenstände als die angegebenen nicht vorhanden gewesen seien.

79) Mit dieser Auffassung stimmen auch die Protokolle S. 733 durchaus überein, wenn sie als Ansicht der Kommissionsmehrheit ausführen: „Der Zweck der Inventarerrichtung sei, die Interessenten dagegen sicherzustellen, daß der Erbe nicht aus böser Absicht, Leichtfertigkeit oder sonstwie schuldhaft den Bestand des Nachlasses vermindere. Um der dem Erben auferlegten Verpflichtung Nachdruck zu verleihen, sei es unerläßlich, an das Unterlassen der Inventarerrichtung die Folge der strengeren Haftung zu knüpfen.

80) a. g. O., S. 666.

81) § 1993 BGB.

Aus alledem geht hervor, daß die Gestaltung des Inventarrechts im BGB. auch vom Standpunkte der unbeschränkten Haftung als durchaus verständlich und zweckmäßig zu bezeichnen ist, wenngleich ihr auch naturgemäß eine gleich große Wichtigkeit wie in einem System, dem das Prinzip der beschränkten Haftung zu Grunde liegt, nicht zugemessen werden kann.

Nachdem sich also gezeigt hat, daß die Versuche das Inventarrecht mit dem Prinzipe der unbeschränkten Haftung in Zwiespalt zu setzen, zu keinem überzeugenden Resultat geführt haben, wenden wir uns in Folgendem gegen die Behauptung, daß die von der herrschenden Lehre angeführten Mittel der Haftungsbeschränkung keine wirklich die Haftung beschränkenden Mittel seien.

Was zunächst die Nachlaßverwaltung und den Nachlaßkonkurs anbelangt, so sind sie nach Binder[82] und auch Hachenburg[83] nicht Mittel der Haftungsbeschränkung, sondern lediglich Verfahren, deren sich der Erbe und ev. auch die Gläubiger bedienen können und unter gewissen Umständen bedienen müssen, um den Nachlaß zu liquidieren, d. h. also Liquidationsverfahren. Daß allerdings der Abschnitt des 2. Titels, der diese Liquidationsverfahren und nichts als sie behandelt, die Überschrift „Beschränkung der Haftung“[84] führt, ist zwar für

82) a. a. O., S. 71.

83) a. a. O., S. 672 ff.

84) Die einzige für die Haftung des Erben bedeutsame Vorschrift des Kapitels läge für die Anhänger der beschränkten Haftung im § 2000, welcher besagt, daß dem Erben während der Dauer der Liquidationsverfahren keine Inventarfrist gesetzt werden darf und seine Haftung daher während dieser Dauer keine unbeschränkte werden kann. Das könnte aber auch nicht „Beschränkung der Haftung“, sondern müßte „Beschränkung der Erweiterbarkeit der Haftung“ genannt werden.

Binder nicht bedenklich, der ja zugiebt, bewußt gegen die Tendenzen des Gesetzgebers zu interpretieren, desto mehr aber für Hachenburg, welcher behauptet, daß man „das BGB. nur richtig lesen müsse", um zu seiner Ansicht zu gelangen.

Schon der leitende § 1975: „Die Haftung des Erben beschränkt sich auf den Nachlaß, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist" kann, wie schon oben bemerkt wurde, seinem unbefangenen Wortlaute nach mit der Ansicht, daß er lediglich von Liquidationsverfahren spreche, nicht vereinbart werden.

Hachenburg[85] meint ihn mit Goldmann für die beschränkte Haftung passend gemacht zu haben, indem er ihn einengend interpretiert und dem „wenn" des Nachsatzes statt des Bedingungskonjunktionscharakters, den es meist hat — den Charakter einer Zeitbestimmungskonjunktion zuschreibt, den es z. B. in der Bedeutung gleich „solange", besser gleich „wann" auch haben kann. Damit wird aber auch dem korrigierten Satze: „Die (— grundsätzlich beschränkte! —) Haftung beschränkt sich auf den Nachlaß, solange gewisse Besonderheiten vorwalten", noch immer kein Sinn gegeben. Er bleibt im besten Falle eine Trivialität, wie Binder[86] zugiebt, was umso bedenklicher ist, als es sich wiederum um einen Leitsatz handelt.

Um sich auf solche Weise mit einer ihrer äußeren Stellung nach recht bedeutsame Vorschrift abzufinden, müssen gegen die Auffassung, in welcher sie rastlos und

85) a. a. O. 661.
86) a. a. O. 69.

natürlich aufgeht, — schon triftige Gründe vorhanden sein. Diese Gründe sollen sein: Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs sind keine wirklichen Mittel der Haftungsbeschränkung und sollen wie folgt erwiesen werden.[87]

1. Die Nachlaßverwaltung und der Nachlaßkonkurs haben gerade dann ihre haftungsbeschränkende Wirkung nicht, wenn ihre Voraussetzung, die unbeschränkte Haftung, am zweifellosesten gegeben ist, — nämlich bei Versäumung der Inventarfrist (§ 2013). Dieser Einwand trifft die einzige Stelle, an der die Theorie der unbeschränkten Haftung eine Schwäche hat[88] aber auch nur eine äußerliche, die in einer bloßen Ungenauigkeit des Ausdrucks besteht. Wir haben schon als einziges Zugeständnis gegenüber den vielen, welche die gegenteilige Anschauung beanspruchte, mit guten Gründen gefordert, daß im § 1994 und in den seiner Terminologie gehorchenden übrigen Stellen der IV. Unterabteilung der Ausdruck „unbeschränkte Haftung" die Bedeutung „unbeschränkbare Haftung" haben soll. Beschränkbar aber kann und muß nur die prinzipiell unbeschränkte Haftung, — beschränkbar kann und darf dagegen nicht die definitiv unbeschränkte (unbeschränkbare) Haftung des § 1994 sein. Denn darüber herrscht Einigkeit. Der Erbe, welcher die Inventarfrist versäumt hat, darf keine Möglichkeit mehr haben, beschränkt zu haften.

2. Ernster ist der Einwurf, daß Nachlaßverwaltung und auch ev. Nachlaßkonkurs die Haftung nur während ihrer Dauer, nicht aber definitiv beschränken (§ 2000).

87) Binder a. a. O., S. 72.
88) S. oben Seite 39.

Denn aus dem § 2000 gehe hervor, daß nach Beendigung der Nachlaßverwaltung, und nach Beendigung des Nachlaßkonkurses auf anderem Wege als durch Ausschüttung der Masse oder durch Zwangsvergleich, – dem Erben wiederum die Inventarfrist gestellt werden und demnach auch die Folge ihrer Versäumung, die unbeschränkt-unbeschränkbare Haftung eintreten könne.[89]

Das ist nicht zu bestreiten. Aber daraus folgt m. E. nicht, daß Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs keine wirklichen, darunter verstehe ich praktisch zureichenden Mittel der Haftungsbeschränkung sind, — sondern daß da, wo sie keine definitive Haftungsbeschränkung herbeizuführen vermögen, eine solche der Natur der Sache und der praktischen Lage der Fälle nach ohne Nachteil für die Nachlaßgläubiger nicht herbeigeführt werden darf. Diese Fälle aber sind praktisch die bei weitem selteneren.

Denn auch hier wird ohne Grund der Nachdruck zu sehr auf die Nachlaßverwaltung gelegt. Die klassische Form für die Beschränkung der Haftung im Sinne der Separationstheorie ist und bleibt doch aber der Nachlaßkonkurs,[89a] und der Hauptinteressefall des Erben an der

89) Binder a. a. O. 68. Hachenburg S. 673.

89a) Einen Beweis für die beschränkte Haftung sieht Binder auch im § $1980_1$ des BGB. Er meint: „Nur bei Annahme dieser letzteren aber ist es denkbar, daß sich der Erbe den Gläubigern verantwortlich macht, d. h. daß er für sein den Gläubigern noch nicht haftendes Vermögen eine Obligation begründet". Indessen läßt sich auch dieser § $1980_1$ zwanglos vom Standpunkte der unbeschränkten Haftung erklären, mehr noch, er ist auch hier zum Schutze der Gläubiger durchaus erforderlich. Denn wenn auch die Haftung des Erben grundsätzlich eine unbeschränkte ist, so ist sie doch eine grundsätzlich beschränkbare, insbesondere auch dann noch beschränkbar, wenn der Erbe trotz Kenntnis oder fahrlässiger Unkenntnis der Überschuldung den Konkurs nicht beantragt hat. Und

beschränkten Haftung ist so sehr der „insolvente" Nachlaß, daß der I. Entwurf zum BGB. dem Erben das Recht auf beschränkte Haftung überhaupt nur für diesen Fall, nämlich bei „Unzulänglichkeit des Nachlasses zur Berichtigung sämtlicher Nachlaßverbindlichkeiten" einräumte.[90] Der Nachlaßkonkurs aber führt in seinen überwiegenden Regelfällen zu einem Zwangsvergleich oder zur Verteilung der Masse und beschränkt somit die Haftung des Erben regelmäßig definitiv (§ 1989).

Von den Ausnahmefällen aber, — in denen das Konkursverfahren durch Einstellung beendet wird, — giebt der Fall der Einstellung wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse dem Erben das Recht, gegen Herausgabe des Nachlasses die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit zu verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht,[91] d. h. er giebt ihm das Recht, durch einfache Einrede seine Haftung zu beschränken, der andere Fall aber, in welchem der Konkurs durch allgemeinen Gläubigerkonsens eingestellt wird, hat dieselbe Wirkung,

---

das muß sie auch sein, denn es wäre unbillig, wenn der Erbe, durch dessen ja nicht notwendig dolose Versäumung des Konkursantrages vielleicht nur ein geringer Schaden entstanden ist, deshalb ganz und gar unbeschränkt haften müßte. Ist die Haftung aber vom Erben beschränkt worden, so fordert es gleicherweise die Gerechtigkeit, daß auch die Gläubiger zu dem ihnen Gebührenden, d. h. zum unverkürzten Nachlasse kommen, und daß der Erbe, welcher ihn schuldhaft verkürzt hat, für den Schaden verantwortlich ist. Daß aber die Schadensersatzhaftung nur dann, wenn der Erbe seine Haftung beschränkt hat, praktisch werden kann, dessen ist sich der Gesetzgeber wohl bewußt gewesen und hat es auch durch die Stellung, die er der Vorschrift in dem Kapitel „Beschränkung der Haftung" hinter den §§ 1978 und 1979 gegeben hat, dokumentiert. S. Binder S. 100.

90) § 2092 des I. Entwurfes.

91) 1990 BGB.

als ob ein Konkurs überhaupt nicht stattgefunden hätte.[92] Von ihm kann also eine definitive Beschränkung der Haftung garnicht erwartet werden. Der Erbe, der die Einstellung beantragte, hat damit auf die Beschränkung der Haftung verzichtet.

Was den Fall der Nachlaßverwaltung anlangt, — so wird sie von dem Erben hauptsächlich in den Zwischenzuständen, in denen der Nachlaß zwischen sicherer Solvenz oder sicherer Insolvenz schwankt, beantragt werden.[93] Stellt sich der Nachlaß als insolvent heraus, so wird er in den Nachlaßkonkurs überführt, in diesem Falle wird die Beschränkung also die regelmäßig definitive des Nachlaßkonkurses sein.

Geht aber die Nachlaßverwaltung nicht in den Nachlaßkonkurs über, regelmäßig also, wenn der Nachlaß sich als solvent herausstellt, so ist es möglich, daß Aktiva und Passiva gerade miteinander aufgehen, oder aber, daß dem Erben noch ein größerer, meist ein geringerer Überschuß des Nachlasses ausgeantwortet wird. Nun hätte das Gesetz allerdings vielleicht für diesen Fall dem Erben die einmal eingetretene Beschränkung der Haftung belassen können, — der Grund, warum es dies nicht getan hat, liegt wohl darin, daß es einem neu auftauchenden Nachlaßgläubiger die Möglichkeit, dem Erben, der noch Nachlaß besitzt, die Inventarfrist zu setzen, nicht nehmen wollte. Anderseits aber konnte das Gesetz ohne Bedenken nach Beendigung der Nachlaßverwaltung in den letztgenannten Fällen wieder die unbeschränkte Haftung eintreten lassen, weil es ja dem Erben auch die nur durch Versäumung

92) § 202 Konkursordnung.
93) S. Böhm Erbrecht S. 199.

der Inventarfrist zu verlierende Möglichkeit erhielt, neu auftretenden Gläubigern gegenüber die Haftung stets wieder zu beschränken, — bei Dürftigkeit der restierenden Masse durch einfache Zahlungsverweigerung und Herausgabe des Nachlasses, — bei umfangreicherer Masse durch erneute Beantragung der Nachlaßverwaltung oder des Nachlaßkonkurses.

Nun soll allerdings zugegeben werden, daß es praktisch unter Umständen für den Erben mißlich sein kann, vielleicht eines einzelnen Gläubigers wegen noch einmal die Kosten und Ungelegenheiten der Nachlaßverwaltung auf sich nehmen, — oder vielleicht nach Jahren noch Nachlaßgegenstände, an deren ständige Innehabung er sich gewöhnt hat, herausgeben zu müssen. Das ist aber doch nur ein praktischer Einwand, — und ich meine, ein von Theoretikern stark überschätzter Einwand der Praxis. Denn meistenteils wird sich mit dem Gläubiger, dem an den effektiven Gegenständen des Nachlasses kaum viel liegen dürfte, ein gütliches Übereinkommen treffen lassen. Übersteigt die Forderung des neuen Gläubigers den Rest des Nachlasses nicht, so wird der Erbe sie einfach auszahlen, übersteigt sie ihn, so wird auf Grund des vom Erben vorgewiesenen früheren Inventars oder der Aufstellung des früheren Verwalters sich meist ein neuer Konkurs vermeiden lassen.

Abgesehen davon hat ja aber auch der Erbe in dem Aufgebotsverfahren ein Mittel, das durchaus geeignet ist, ihn vor späteren unliebsamen Überraschungen der vorstehenden Art wirksam zu schützen, indem es dem Erben gestattet, ausgeschlossene Gläubiger ohne weiteres auf den Nachlaß zu verweisen, ja sogar die Herausgabe der noch

vorhandenen Nachlaßgegenstände durch Zahlung des Wertes abzuwenden. Und nach einem bestimmten Zeitraum (5 Jahren) wird die Haftung Gläubigern gegenüber, die sich erst später melden, auch ohne Ausschluß im Aufgebotsverfahren eine derart beschränkte.[94]

Daraus ist also zu ersehen, daß Nachlaßkonkurs und auch Nachlaßverwaltung in den praktisch bedeutsamsten Fällen tatsächlich Mittel zur definitiven Haftungsbeschränkung sind, — in den anderen Fällen zum mindesten die Beschränkbarkeit stets gewährleisten, — durch Kombination mit anderen Mitteln (dem Aufgebotsverfahren) aber auch hier den Zustand der beschränkten Haftung definitiv zu fixieren im stande sind.

Wenn Binder[95] weiter ausführt, daß auch das Aufgebotsverfahren kein Mittel der Haftungsbeschränkung sei, so ist ihm an und für sich recht zu geben. Damit stimmen auch die Motive[96] überein, indem sie bemerken: „Das dem Erben außerdem gewährte Recht, das Gläubigeraufgebot zu beantragen, ist kein Mittel um die Haftung zu beschränken, sondern dient nur dazu, dem Erben eine Handhabe zu bieten, um den Stand der Dinge zu übersehen." Unzutreffend ist es aber, wenn Binder[97] sagt: „Warum sich also infolge der verspäteten Meldung die Haftung des Erben beschränken soll, ist nicht einzusehen." Denn obwohl es der Zweck des Aufgebotsverfahrens nicht ist, die Haftung des Erben zu beschränken, so folgt doch aus seinem Zwecke die Notwendigkeit, an das Ausgeschlossen werden im Aufgebotsverfahren die beschränkte

94) §§ 1973 und 1974.
95) a. a. O. S. 76.
96) S. 654.
97) a. a. O. S. 79.

Haftung des Erben zu knüpfen. Der Zweck des Aufgebotsverfahrens ist der, dem Erben ein Bild von dem Bestande des Nachlasses zu geben. Da sich der Erbe aber in seinen Entschließungen von den Ergebnissen des Aufgebots bestimmen läßt und dessen Zwecke nach bestimmen lassen soll, zum Beispiel im Vertrauen auf das Ergebnis des Aufgebots das ihm aufgegebene Inventar zu errichten unterläßt, so muß er sich auch auf diese Ergebnisse sicher verlassen können. Aus diesem Grunde muß die Haftungsbeschränkung als Folge an den Ausschluß im Aufgebotsverfahren geknüpft werden.[98] [99]

Während so die Interpretation des Aufgebotsverfahrens vom Standpunkte der unbeschränkten Haftung 1. sich zwanglos dem Wortlaut des Gesetzes anpaßt, 2. auch durchaus keine innerlichen Schwierigkeiten macht, stößt die Erklärung desselben vom Standpunkte der beschränkten Haftung auf mancherlei Schwierigkeiten.

Aus dem Wortlaut des § 1973: Der Erbe kann die Befriedigung eines im Aufgebotsverfahren ausgeschlossenen Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß durch die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger erschöpft wird, folgt unbefangen:

---

98) Übereinstimmend Denkschrift S. 270.

99) Die Haftungsbeschränkung hat ihren Grund also allein in der Sicherung des Erben vor unbekannten Gläubigern, und es ist ganz verkehrt, in ihr eine Strafe für die verspätete Meldung des Gläubigers zu sehen. Das Aufgebot der Nachlaßgläubiger ist eben lediglich ein Sicherungsverfahren für den Erben, nicht aber ein typisches Haftungsbeschränkungsverfahren. Denn als solches müßte es, wie Binder S. 79 richtig bemerkt, einmal auch den Gläubigern Sicherung gewähren und zweitens die Haftung des Erben stets notwendig auf den Nachlaß beschränken. Dies tut es aber nicht, wenn der Betrag der angemeldeten Forderungen den Betrag des Nachlasses übersteigt.

„Der Erbe kann die Befriedigung der nicht ausgeschlossenen Gläubiger nicht verweigern, d. h. er haftet unbeschränkt."

Dieser Wortlaut soll nun auf folgende Weise mit der beschränkten Haftung in Einklang gebracht werden:

Voraussetzung ist: „Der Erbe haftet prinzipiell beschränkt, nicht nur den ausgeschlossenen, sondern auch den anderen Gläubigern gegenüber."

Der Sinn des § 1973 kann also nicht der sein, daß er dem Erben das Verweigerungsrecht den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber giebt, denn dieses Recht hat er ja allen Gläubigern gegenüber, sondern der, daß er dem Erben, der sonst das Prinzip der gleichmäßigen Verteilung des Nachlasses unter alle Gläubiger beobachten muß, das Recht gewährt, eine Rangordnung[100] unter den Gläubigern zu schaffen, so daß er aus dem allein haftenden Nachlasse zuerst befriedigen kann

a) die nicht ausgeschlossenen Gläubiger untereinander gleichmäßig, soweit der Nachlaß reicht,

b) dann erst die ausgeschlossenen Gläubiger, wenn nach Befriedigung der nicht ausgeschlossenen vom Nachlasse noch etwas übrig ist.

Die Bestimmung des § 1973 würde also nicht darin gipfeln, daß der Erbe die Befriedigung der ausgeschlossenen Gläubiger über den Bestand des Nachlasses hinaus verweigern kann, — denn das kann er ja bei Annahme der beschränkten Haftung immer, sondern darin, daß der Erbe diese Befriedigung verweigern darf, ohne ev. aus den §§ 1979 und 1980 verantwortlich gemacht werden zu können. Diesem Inhalte würde allerdings das Gesetz

100) Binder a. a. O. S. 78. Ebenso Münchmeyer S. 47.

eine recht befremdliche und irreführende Form gegeben haben. Diese soll durch folgende Erwägung erklärt werden:

Wenn der Erbe auch prinzipiell beschränkt haftet, so kann sich doch seine Haftung im allgemeinen erweitern, nämlich infolge Versäumung der Inventarfrist usw. — d. h. sie kann unbeschränkt werden. Alsdann hat zwar ein nach dieser Erweiterung der Haftung beantragtes Aufgebot keine beschränkende Wirkung (§ 2013, Abs. 1, Satz 1), wohl aber hat ein vor dem Eintritt der allgemein unbeschränkten Haftung ergangenes Ausschlußurteil die Wirkung, daß die Haftung des Erben den ausgeschlossenen Gläubigern gegenüber auch nach dem Eintritt der allgemein unbeschränkten Haftung eine beschränkte bleibt, m. a. W. unerweiterbar wird. (§ 2013, Abs. 1, Satz 2). D. h. also die befremdende Fassung der Vorschrift wurde erst notwendig mit Rücksicht auf den Ausnahmefall, daß der Erbe im allgemeinen nach § 1994 unbeschränkt haftet, — und weiter auf den Ausnahmefall dieses Ausnahmefalls, daß das Aufgebotsverfahren trotzdem die Haftung auf einem Sondergebiete beschränkt erhält. Diese immerhin mögliche Deutung des § 1973 ist aber so kompliziert und mutet dem Gesetzgeber ein zu großes Ungeschick in der Formulierung seiner Gedanken zu, als daß sie einer ganz einfachen und zwanglosen Deutung vom Standpunkte der unbeschränkten Haftung aus ohne Not vorgezogen zu werden beanspruchen könnte.

## III.

Im Vorigen ist gezeigt worden, daß die Versuche, die unbeschränkte Haftung, „für welche die Ausdrucksweise des Gesetzgebers vorwiegend zu sprechen scheint,“ [101]

101) Binder a. a. O. S. 64.

aus der Struktur des BGB. zu widerlegen, zu einem überzeugenden Resultate nicht geführt haben. Inventarrecht, Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs, sowie das Aufgebotsverfahren, unbefangen interpretiert, halten dem „Scheine der Ausdrucksweise" stand.

Im Folgenden wollen wir untersuchen, wie die Anhänger der beschränkten Haftung ihre Anschauungen positiv begründen wollen.

Dabei sind von ihnen verschiedene Wege eingeschlagen worden. Binder, der einen Zwiespalt zwischen den beiden Prinzipien im BGB. annimmt, hält eine Operation für notwendig, um die Gesetzgebung unter das ihm als maßgebend und überwiegend erscheinende Prinzip der beschränkten Haftung zu bringen.[102] Bei den §§ 1973 und 1975 konnte der Wortlaut gebogen, bei dem § 1990 aber, dem Angelpunkt seiner Umgestaltung, muß er gebrochen werden.

Dieser Paragraph enthält die sogenannte Dürftigkeitseinrede. Unter bestimmten ausnahmsweisen Voraussetzungen, nämlich dann, wenn die Anordnung einer Nachlaßverwaltung oder die Eröffnung des Nachlaßkonkurses wegen Mangels einer den Kosten entsprechenden Masse nicht tunlich ist, oder wenn aus diesem Grunde die Nachlaßverwaltung aufgehoben oder das Konkursverfahren eingestellt ist, kann der Erbe die Befriedigung eines Nachlaßgläubigers insoweit verweigern, als der Nachlaß nicht ausreicht. Der Erbe ist in diesem Falle verpflichtet, den Nachlaß zum Zwecke der Befriedigung des Gläubigers im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben.

102) Derselbe S. 63.

Es ist offensichtlich, daß dieser Ausnahmefall gegen das Prinzip der Separation garnichts besagt, sondern im Gegenteil dadurch, daß er bewußt und ausdrücklich als Ausnahmefall ins Gesetz gestellt ist, gerade die Regel der Separation bestätigt. Er ist weiter nichts als ein praktischer Notbehelf für die Fälle, in denen eine geordnete Separation sich nicht lohnt und trägt in seiner organischen Bildung vielmehr und viel deutlicher das verstümmelte Prinzip der Separation zur Schau, als die Rudimente der alten Abzugseinrede, wie Binder meint.[103] Mit dieser hat er nur die Abweisung vom eigenen Vermögen durch bloße Einrede gemein, statt des Abzugs aber herrscht das Prinzip der Prävention. Der Erbe kann den Nachlaß nicht in der Hand behalten, sondern muß ihn dem Gläubiger herausgeben, d. h. sich von ihm separieren, und auch die Folgen der Separation für die Stellung des Erben zum Nachlasse sind als anwendbar erklärt.[104]

Binder[105] aber wertet diesen augenscheinlichen Nebenparagraphen zum prinziptragenden Mittelpunkt der ganzen Erbenhaftung um, indem er ihm die Ausnahmebedeutung nimmt und das darin ausgesprochene ausnahmsweise Recht einfacher Zahlungsverweigerung als Regel proklamiert, was ihn allerdings nicht hindert, ihn dann wieder, nachdem er ihm das allgemeine Prinzip entnommen hat, als verstümmeltes Separationsverfahren bestehen zu lassen und als solches in Gegensatz zu dem daraus entnommenen allgemeinen Prinzip zu bringen.[106]

103) S. 87.
104) § 1991.
105) S. 76.
106) S. 203 ff.

Eine solche bewußte Interpretation gegen den Wortlaut des Gesetzes könnte aber nur im äußersten Notfalle gutgeheißen werden, nämlich dann, wenn sich das Gesetz in seiner Struktur gegen diesen Wortlaut auflehnt. Ein solcher Notfall aber liegt für uns nicht vor, und m. E. ist gerade in dem § 1990 der deutlichste und unwiderleglichste Beweis dafür zu sehen, daß das BGB. außerhalb der Nachlaßseparation eine Beschränkung der Erbenhaftung nicht kennen wollte.

Einen anderen Weg, um die Möglichkeit der beschränkten Haftung außerhalb der Nachlaßseparation zu erweisen, muß Hachenburg einschlagen, welcher ja das Gesetz nicht umgestalten, sondern nur richtig lesen will, um zu seinem Ziele zu gelangen.[107]

Für ihn ist also die III. Unterabteilung des 2. Titels, trotzdem sie „Beschränkung der Haftung" überschrieben ist, lediglich eine Darstellung der Liquidationsverfahren „Nachlaßverwaltung", „Nachlaßkonkurs" und des verstümmelten Liquidationsverfahrens „Dürftigkeitseinrede". Das einfachste Verfahren aber für den Erben, seine Haftung zu beschränken, nämlich den Nachlaß in der Hand zu behalten und bei Vollstreckung in das eigene Vermögen des Erben Einrede zu erheben, gewinnt Hachenburg nicht aus einer Erweiterung des § 1990 wie Binder, sondern er folgert es nur als selbstverständlich aus dem Prinzipe der Erbenhaftung, welches nach ihm das der beschränkten Haftung ist. Dafür führt er allerdings außer den, wie wir schon oben ausgeführt haben, wenig entscheidenden Hinweisen auf die §§ 1994 und 2005 nur Motive sachlicher Natur an, indem er

107) a. a. O. S. 659 ff.

ausführt: „Ein System, das jedem Erben, der 6 Wochen nach Kenntnis vom Anfall der Erbschaft diese nicht mehr ausschlagen kann, unbeschränkt für die Schulden haften läßt und ihm nur die völlige Preisgabe des Nachlasses als Mittel dagegen geben will, wird jedem, der im praktischen Leben steht, als eine Unmöglichkeit erscheinen." [108] Diese praktischen Bedenken sind meines Darfürhaltens durchaus übertrieben.[109] Sie sind auch in der ganzen Litteratur nur noch von Münchmeyer[110] geäußert worden und erfahrene Praktiker wie Goldmann, Böhm und Eccius erkennen sie nicht an.

Wir wollen in Folgendem alle möglichen Fälle untersuchen. Ist der Nachlaß offenkundig insolvent, so muß der Erbe, der beschränkt haften und sich auch nicht aus § 1980 den Nachlaßgläubigern verantwortlich machen will, den Konkurs in jedem Falle beantragen. Ist der Nachlaß solvent, resp. hält ihn der Erbe sicher für solvent, so wird er keine Ursache haben, überhaupt die beschränkte Haftung geltend zu machen, liegt es ihm aber daran, nicht mit seinem eigenen Vermögen, sondern nur mit den Nachlaßgegenständen (cum viribus) herangezogen zu werden, so wird für ihn die Nachlaßverwaltung ein viel einfacheres Mittel hierzu sein, als die Freihandliquidation, bei der er genötigt ist, ev. jedem einzelnen Gläubiger gegenüber Widerspruchsklagen zu erheben. Hat er sich aber bei der Annahme der Solvenz getäuscht, so kann und muß er immer noch den Nachlaßkonkurs beantragen. Hat er Nachlaßverbindlichkeiten vorher

108) a. a. O. S. 663.
109) Dafür siehe auch besonders Binder S. 249, 250.
110) S. 5 ff.

schon voll berichtigt, so ist er trotzdem den noch unbefriedigten Gläubigern gegenüber geschützt, wenn er den Umständen nach annehmen durfte, daß der Nachlaß solvent sei. Durfte er aber dies nicht annehmen, so hat er auch kein Recht darauf, geschützt zu sein. Zweifelt schließlich der Erbe, ob der Nachlaß solvent sei oder nicht, so wird er „die völlige Preisgabe des Nachlasses", wie Hachenburg die Nachlaßverwaltung gruselig nennt, sicherlich eher als eine Wohltat wie als eine Härte des Gesetzes empfinden, denn sie nimmt ihm die Verantwortung den Nachlaßgläubigern gegenüber ab. Diese Verantwortung, die der Erbe, welcher den Nachlaß ohne Separation zu liquidieren unternähme, auf sich nehmen müßte, schildert Hachenburg selbst folgendermaßen: [111]

„Eines muß er fürchten. Wenn er Schulden des Nachlasses bezahlt, einerlei ob freiwillig oder im Wege der Vollstreckung, so ist er haftbar, sobald die später auftauchenden Gläubiger nicht mehr voll befriedigt werden. Ich habe dieses Falles wiederholt gedacht. Der Erbe soll sich vergewissern, ob der Nachlaß zureicht. Nur wenn er dies annehmen durfte, müssen die Gläubiger seine Berichtigungen der Nachlaßschulden gelten lassen (§ 1979)." An einer anderen Stelle führt Hachenburg weiter aus: „Die §§ 1978, 1979, 1980 werden stets wie eine drohende Wetterwolke über dem Erben schweben."[111]

Wird es also den Erben kaum reizen, mit dieser großen Verantwortung die Erlaubnis zu erkaufen, den Nachlaß in der Hand behalten zu können, so kann diese Verantwortung doch auch die Nachlaßgläubiger nicht gleich

111) S. 690 und 698.

wirksam schützen, als die Nachlaßseparation. Richtiger als Hachenburg scheint mir Eccius[112] die Sachlage zu beurteilen, wenn er schreibt: „Es leuchtet ein, wie unbequem und belästigend es für den Erben sein würde, wenn er gegen jeden einzelnen Angriff eines Nachlaßgläubigers auf sein nicht ererbtes Vermögen dieses bei nicht ausreichendem Nachlaß in der angegebenen Weise verteidigen müßte, wie unbequem und belästigend es auch der einzelne Gläubiger empfinden würde, sich auf solche Verhandlungen einzulassen. Die günstigere Lage, in welche das Gesetz beide Teile durch die Bestimmungen über die Nachlaßverwaltung und den Nachlaßkonkurs gesetzt hat, sind deshalb gewiß dankenswert". Was endlich noch den Fall anlangt, daß der Erbe gern gewisse Nachlaßgegenstände behalten möchte, so hat derselbe ja das Recht unter dem Schutze der aufschiebenden Einreden (§ 2015) das Aufgebot der Nachlaßgläubiger zu beantragen. Es ergiebt sich dabei die Insolvenz des Nachlasses, so ist der Konkurs regelmäßig unvermeidlich, ergiebt sich aber die Solvenz, so kann der Erbe getrost die unbeschränkte und persönliche Haftung auf sich nehmen.

Wir sehen also, daß die Bedürfnisse des praktischen Lebens eine beschränkte Haftung außerhalb der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses durchaus nicht so gebieterisch fordern, wie Hachenburg meint.

Aus dem Gesetze aber vermag Hachenburg seine Konstruktion nicht überzeugend zu begründen. Zwar überwindet er den ihr entgegenstehenden Inhalt des § 1990, in welchem das Recht der einfachen Verweigerung

112) Bei Gruchot Bd. 43 S. 619.

nur für den Fall der Dürftigkeit des Nachlasses gegeben ist, woraus folgt, daß es im allgemeinen nicht besteht, dadurch, daß er geltend macht, diese Dürftigkeitseinrede sei ganz anderer Natur als die stets gegebene einfache Einrede des prinzipiell nur mit dem Nachlasse haftenden Erben. Denn während bei Dürftigkeit der Erbe seine Haftung und auch seine Verantwortung durch die Herausgabe an den zuerst kommenden Gläubiger radikal abstoße (Prinzip der verstümmelten Separation), sei im allgemeinen der beschränkt haftende Erbe, der den Nachlaß in der Hand behalte, für eine gleichmäßige Verteilung desselben auf alle Gläubiger verantwortlich.[113]

Ganz abgesehen davon, daß sich, vorausgesetzt, daß Hachenburgs Ausführungen zuträfen, das BGB. einer irreführenden Zweideutigkeit schuldig machte, was wir ohne Not nicht annehmen dürfen, schwebte aber auch dann noch die Konstruktion Hachenburgs vollkommen in der Luft und fände nirgends im Gesetze einen sicheren Anhalt. Daß der Wille des Gesetzgebers der Hachenburgschen Theorie entgegensteht, beweist sich aus dem Satze, mit welchem unter anderem die Beseitigung der Abzugseinrede in der 2. Kommission seitens der Mehrheit begleitet wurde: „Solange der Erbe sich nicht dazu entschließe, den Nachlaß für die Gläubiger aus seinem Vermögen auszuscheiden, sondern ihn als sein eigenes Vermögen behandele, müsse er auch die Nachlaßverbindkeiten als seine eigenen Verbindlichkeiten gelten lassen".[114] Wenn gleicherweise die Verantwortlichkeit des Erben für die Verwaltung des Nachlasses im § 1978 nur für den

113) a. a. O. S. 689.

114) Protokolle V S. 759.

Fall ausgesprochen wird, daß die Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, so gilt das für alle diejenigen, welche dem Gesetzgeber sorgfältige Überlegung bei der Formulierung seiner Gedanken zutrauen und seine Worte nicht lediglich als das ohngefähre Gerüst betrachten, um das sich die Auslegung üppig herumranken kann, als ein Zeichen dafür, daß der Gesetzgeber die beschränkte Haftung eben nur in dieser Form anerkennen wollte. Solche Stellen aber, wie das Hachenburg tut, einfach extensiv zu unterpretieren, ist doch nicht angängig. Ähnliches ergiebt sich aus dem § 784 1 CPO.[115]

## IV.

Schließlich werden noch die einschlägigen Stellen der CPO. von den Anhängern der beschränkten Haftung für ihre Anschauung herangezogen.

Zwar daß der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen kann, wenn sie ihm im Urteile vorbehalten ist (§ 780) und daß bei der Zwangsvollstreckung gegen den Erben des Schuldners die Beschränkung der Haftung unberücksichtigt bleibt, bis auf Grund derselben gegen die Zwangsvollstreckung von dem Erben Einwendungen erhoben werden (§ 781), — das spricht zunächst für die unbeschränkte Haftung.

Man möchte daraus folgern: „Macht der Erbe die Besonderheit nicht geltend, so wird nach dem Prinzip verfahren".

---

115) Vergl. unten S. 69.

Indessen ließe sich gegen solche Schlußforderungen mancherlei einwenden, was dem Wesen des Prozesses und der Zwangsvollstreckung entspringt.

I. § 780. Eigentlich müßte vom Standpunkte der beschränkten Haftung der Gläubiger, welcher den im Prinzip beschränkt haftenden Erben unbeschränkt, d. h. mit Vollstreckung ins eigene Vermögen belangen will, konsequenterweise den Nachweis führen, daß der Erbe die beschränkte Haftung verloren hätte. Diese Konsequenz haben wir schon für das Civilrecht als unpraktisch und unbillig zurückgewiesen.[116] Für den Prozeß wäre sie vollends unhaltbar. Die Prozeßordnung muß noch weitergehen. Sie kann nicht bestimmen, daß der Erbe, der im Prozeß die Einrede der beschränkten Haftung machte, verurteilt würde zu zahlen, soweit der Nachlaß reichte. Was sollte der Gläubiger mit solchem Erkenntnis anfangen, wenn der Erbe nach dem Prozesse seine beschränkte Haftung einbüßte? Daher ist es durchaus verständlich, wenn das Gesetz mit dem schmiegsameren Vorbehalt operiert. Denn die ihm nur vorbehaltene Beschränkung der Haftung kann der Erbe, wenn er sie später einbüßt, eben nicht mehr geltend machen.

II. § 781. Auch hier würde es nötig sein, daß der Erbe sein Prinzip, — immer vorausgesetzt, es wäre das der beschränkten Haftung, — einwenden muß, damit es berücksichtigt werden kann. Dies ergiebt sich aus dem Wesen der Zwangsvollstreckung.[117] Denn tatsächlich wären beide Vermögen auch dann, wenn der Erbe sie in Hinblick auf die Haftung sondern wollte, in seiner Hand

116) S. oben Seite 31.
117) Binder a. a. O. S. 93.

vereint. Der Vollstreckungsbeamte würde also einfach in das bei dem Erben befindliche Gesamtvermögen vollstrecken müssen, gleichgültig, ob er Gegenstände des Nachlasses oder des Erben pfändete. Geradeso wie ein Dritter, dessen beim Vollstreckungsbeklagten befindliches Eigentum gepfändet wird, als Gegenwehr die Widerspruchsklage anstrengen muß, hätte auch der Erbe, der im Verhältnis zum Nachlaß gewissermaßen als Dritter gelten wollte, nur die Möglichkeit, seine Einwendungen gegen die Vollstreckung in sein eigenes Vermögen wirksam dadurch geltend zu machen, daß er die Widerspruchsklage nach § 767 der CPO. erhöbe.

Aus diesen Gründen müssen wir zugeben, daß der Erbe — auch wenn er materiell nur beschränkt haftete — trotzdem gegenüber der Zwangsvollstreckung Berücksichtigung seiner Beschränkung nur verlangen könnte, wenn er die Beschränkung einwendete.

Wir kommen also zu dem Ergebnisse, daß die prozessalen Vorschriften, — aus prozessualen Bedingungen hervorgegangen, — für die materielle Seite der Haftung weder, nach der einen noch nach der anderen Richtung etwas besagen können und sollen, — und daher für das Prinzip des BGB. im Grunde indifferent sind.[118]

Binder[119] indes — wie schon Eccius[120] — zieht aus der CPO. für die beschränkte Haftung Schlüsse, und zwar aus dem § 780, welchen er folgendermaßen liest:

„Der als Erbe des Schuldners verurteilte Beklagte kann die Beschränkung seiner Haftung, (— die schon im

118) S. Münchmeyer a. a. O. S. 17.

119) S. 95.

120) a. a. O. S. 613. Auch Hachenburg S. 671.

Prozesse vorhanden sein muß —) nur geltend machen, wenn sie ihm im Urteile vorbehalten ist."

Da aber, wenn die Haftung eine prinzipiell unbeschränkte und nur durch Nachlaßverwaltung und Nachlaßkonkurs zu beschränkende wäre, eine solche — schon vorhandene — Beschränkung dem Erben im Urteile garnicht vorbehalten zu werden brauchte, weil ja der Erbe im Prozesse ein viel wirksameres Mittel der Abwehr hätte — nämlich die Geltendmachung seines Mangels an Passivlegitimation aus § 1984 BGB., so folgt für Binder hieraus, daß der § 780 vom Standpunkte der unbeschränkten Haftung der praktischen Anwendbarkeit völlig entbehrte,[120a] und sich also nur vom Standpunkte der beschränkten Haftung erklären ließe. Diese Argumentation schätzt Binder so hoch, daß er in ihr den positiven Beweis seiner ganzen Auffassung sieht. Er sagt: „Mit anderen Worten: Das allgemeine Prinzip der Erbenhaftung steht nicht im BGB., sondern in der CPO."

In Wahrheit ist diese Argumentation seine allerschwächste.

Der § 780 läßt in Wirklichkeit eine ganz andere Auslegung zu, ja, er fordert sie geradezu.

„Der Erbe kann die Beschränkung seiner Haftung nur geltend machen, wenn sie ihm im Urteile vorbehalten ist," das heißt nicht, oder braucht zum mindesten nicht zu heißen, der Erbe muß die schon vorhandene Be-

120a) Nicht so, wie Binder annimmt, auch der § 781. Hier ist es wohl möglich, daß das Urteil noch gegen den Erblasser ergangen, die Klausel auf den Erben umgeschrieben ist. Da hier also der Prozeß gar nicht gegen den Erben spielte, hätte er gar keine Gelegenheit, seine Passivlegitimation einzuwenden

schränkung sich vorbehalten lassen, sondern die zukünftige, also das Recht, seine Haftung zu beschränken.[121] Dafür spricht auch ein Vergleich mit dem § 2135, Satz 2 des I. Entwurfes. Dort heißt es: „Durch den Antrag auf Vorbehalt des Inventarrechts oder der Abzugseinrede ist die Einrede noch nicht als im Sinne der vorstehenden Vorschrift geltend gemacht anzusehen." In dieser Bestimmung, in welcher auf das Vorbehaltsrecht der CPO. schon Bezug genommen war, kann es sich sicher nicht um den Vorbehalt einer gegenwärtig schon erhobenen Abzugseinrede handeln, da ja grade die künftige Einrede durch den Vorbehalt als noch nicht gemacht gelten soll.

Für seine gegenteilige Ansicht vermag Binder einen überzeugenden Beweis nicht zu erbringen.

Daß auch die CPO. keine andere Beschränkung der Haftung als durch Nachlaßseparation kennt, geht aus dem § 784 hervor, welcher dem Erben das Recht giebt, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist, zu verlangen, daß Maßregeln der Zwangsvollstreckung zu Gunsten eines Nachlaßgläubigers in sein eigenes Vermögen aufgehoben werden.

Wäre aber auch der Erbe berechtigt, auf Grund der bloßen Geltendmachung seiner grundsätzlich beschränkten Haftung die Widerspruchsklage aus § 767 CPO. gegen die Zwangsvollstreckung zu erheben, so müßte es ihm auch ohne Nachlaßverwaltung oder Nachlaßkonkurs, also immer dann, wenn er die beschränkte Haftung durch die Widerspruchsklage geltend gemacht hat, gestattet sein, Maßregeln der Zwangsvollstreckung in sein eigenes Vermögen aufheben zu lassen.

121) Siehe Strohal S. 508. Gaupp-Stein, Kommentar zur CPO. II S. 488.

## V.

Aus alledem geht hervor, daß sich aus dem Gesetze ein regelmäßiges Recht des Erben, seine Haftung außerhalb der Nachlaßseparation zu beschränken, nicht erweisen läßt, geht ferner hervor, daß stichhaltige, sachliche oder rechtliche Gründe, ein solches Recht in das Gesetz hinein zu interpretieren, nicht bestehen.

Damit ist aber die Frage, ob das Prinzip des Gesetzes das der unbeschränkten oder beschränkten Haftung sei, auch gelöst. Wir brauchen nicht so weit zu gehen wie Herzfelder, welcher ausführt:[122]

„Aber andererseits bedeutet der angebliche Grundsatz der von Gesetzeswegen beschränkten Haftung theoretisch und praktisch ein Nichts, wenn er der Verwirklichung durch die Einrede des Erben notwendig bedarf."

Jedoch daß bei einem Erbschaftssysteme, welches die tatsächliche und rechtliche Verschmelzung des Nachlasses mit dem Erbenvermögen zur Grundlage hat, dem prinzipiell beschränkt haftenden Erben sein Prinzip nur dann zu Gute kommen sollte, wenn er Nachlaß und Erbenvermögen wieder trennt, d. h. die Separation durchführt,[123] das vermag mir nun und nimmermehr einzuleuchten. Das wäre wirklich ein Prinzip, das theoretisch und praktisch ein Nichts bedeutete, ein Wort auf dem Giebel des Gebäudes, dem das Innere fremd wäre.[124]

Gegen einen solchen logischen Widersinn vermag die eine sprachliche Ungenauigkeit im § 1994 und in den anderen, die dessen Terminologie folgen, nicht schwer in die Wagschale zu fallen.

122) Kommentar S. 112 Anmerkung.
123) Dies nehmen z. B. Goldmann S. 433, 450 und Frommhold S. 49 an.
124) Dies giebt auch Binder zu S. 62.

# III. Abschnitt.

## Besonderheiten der handelsrechtlichen Haftung.

### § 5.

### Der Wortlaut der in Betracht kommenden Bestimmungen.

Der § 27 des Handelsgesetzbuches, welcher die Besonderheiten der handelsrechtlichen Haftung regelt, hat folgenden Wortlaut:

„Wird ein zum Nachlasse gehöriges Handelsgeschäft von dem Erben fortgeführt, so finden auf die Haftung des Erben für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung."

§ 25 lautet:

„Wer ein unter Lebenden erworbenes Handelsgeschäft unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortführt, haftet für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers. Die in dem Betriebe begründeten Forderungen gelten den Schuldnern gegenüber als auf den Erwerber übergegangen, falls der bisherige Inhaber oder seine Erben in die Fortführung der Firma gewilligt haben.

Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist.

Wird die Firma nicht fortgeführt, so haftet der Erwerber eines Handelsgeschäftes für die früheren Verbindlichkeiten nur, wenn ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt, insbesondere wenn die Übernahme der Verbindlichkeiten in handelsüblicher Weise von dem Erwerber bekannt gemacht worden ist."

Nachdem § 27 so auf den § 25 verwiesen hat, — fährt er fort:

„Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkt, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird Auf den Lauf der Fristen finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des Bürgerlichen Gesetzbuches entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablauf der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist."

§ 6.

## Di Fortführung ohne Firma.

Der § 25 und mit ihm der § 27 unterscheidet also zwischen der Fortführung des Geschäfts mit der alten Firma und der Fortführung ohne diese. Die Tatsache der Fortführung des Geschäftes vermag ohne weiteres im Falle der Veräußerung keine Haftung des Erwerbers

für die Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Inhabers zu begründen, im Falle der Vererbung die Haftung nicht ohne weiteres über die gewöhnliche Erbenhaftung hinaus zu erhöhen.

Damit eine solche weitergehende Haftung entstehen soll, muß, wie der auf den Tatbestand des § 27 entsprechend angewendete dritte Absatz des § 25 bestimmt, noch ein besonderer Verpflichtungsgrund hinzutreten. Aus der möglichen Zahl solcher Verpflichtungsgründe hebt das Gesetz den naheliegendsten ausdrücklich hervor „Handelsübliche Bekanntmachung der Passivenübernahme."

In welchen Fällen hat nun solch eine Bekanntmachung — das Erfordernis der Öffentlichkeit läßt sich aus dem Worte nicht entnehmen — die Eigenschaft der Handelsüblichkeit? — Zunächst kann sie erfolgen — und das ist der gewöhnlichste Weg — durch Zirkular (Rundschreiben) an den Kreis der Geschäftsfreunde, in welchem meistens zunächst die Geschäftsübernahme, alsdann speziell die Übernahme der Passiva bekannt gemacht zu werden pflegt. Daß lediglich eine Mitteilung der Geschäftsübernahme als Verpflichtungsgrund genügen soll, wenn örtlicher Gepflogenheit zufolge die Übernahme der Passiva das Handelsübliche ist, kann nicht angenommen werden. [125] Die Mitteilung muß an eine so erhebliche Zahl von Gläubigern erfolgen, daß daraus der Wille des Erben, allgemein haften zu wollen, zu entnehmen ist.[126] Daß einige Gläubiger alsdann zufällig oder absichtlich keine Mitteilung erhalten haben, ist ohne Einfluß.[127] Sie

125) So Staub S. 145d und Cosack S. 55. Dagegen Bolte Zeitschrift f. d. g. Handelsrecht S. 469.

126) RG. Entsch. Bd. 17 S. 98 Bd. 38 S. 177.

127) Cosack S. 55.

können nur dann die Haftung nicht für sich geltend machen, wenn sie entweder in dem allgemeinen Rundschreiben oder in besonderen Mitteilungen namentlich oder gattungsweise, jedenfalls erkennbar ausgenommen worden sind. Die Mitteilung an eine beschränkte Anzahl Personen dagegen verpflichtet nur diesen gegenüber. Außer dem Zirkular sind noch handelsübliche Bekanntmachungen Annoncen in öffentlichen Blättern, Anschlag am oder im Geschäftsraum,[128] Anschlag an der Börsentafel,[129] wo solches Ortsgebrauch ist, schließlich auch Eintragung ins Handelsregister. Ihrer juristischen Natur nach ist diese Bekanntmachung keine Schuldübernahme, überhaupt kein Vertrag, und es ist gleichgültig, ob ihr ein Vertrag des Erwerbers mit dem Veräußerer hinsichtlich der Passivübernahme zu Grunde liegt oder nicht, sondern sie ist „ein selbständig wirksamer, von der Akzeptation der Geschäftsgläubiger unabhängiger Dispositionsakt." [130] Aus diesem Grunde erklärt sich auch die besondere Hervorhebung dieses Verpflichtungsgrundes im Gesetze. Denn wenn die rechtliche Möglichkeit einseitiger Verflichtungen auch vom herrschenden Reichsrecht anerkannt ist, so handelt es sich dabei doch nur um bestimmte, gesetzlich bezeichnete Fälle, während im allgemeinen zur Begründung eines Schuldverhältnisses durch Rechtsgeschäft ein Vertrag erforderlich ist (§ 305 BGB.) Indessen kann natürlich auch ein Schuldübernahmevertrag[131] zwischen dem Erben und Geschäftsgläubigern einen besonderen Verpflichtungsgrund bilden. Schließt einer von

128) Bolte a. a. O. S. 468.
129) Simon Zeitschrift f. d. g. Handelsrecht Bd. 24 S. 165.
130) Lehmann-Ring S. 94 No. 10.
131) BGB. § 414.

mehreren Erben, welcher das Geschäft allein fortführt, mit Gläubigern solche Schuldübernahmeverträge ab, so werden die übrigen Erben von ihrer bürgerlichrechtlichen Haftung für die betreffenden Nachlaßverbindlichkeiten befreit, nicht befreit aber werden sie, wenn sich der fortführende Erbe nur zur Erfüllungsübernahme den übrigen Erben gegenüber verpflichtet. Darin liegt auch für den fortführenden Erben kein besonderer Verpflichtungsgrund.[132] Dagegen verpflichtet denselben eine Bürgschaft,[133] die er für Schulden des Erblassers übernommen hatte.

## Die Fortführung des Geschäfts mit Firma.

### § 7.

### Firma und Haftung.

Der § 17 des HGB. bestimmt: „Die Firma eines Kaufmannes ist der Name, unter dem er im Handel seine Geschäfte betreibt und seine Unterschrift abgiebt". Damit scheint sich das Gesetz auf den Standpunkt zu stellen, daß die Firma eine Personenbezeichnung sei, d. h. jene Bezeichnung einer Person, der sich diese im Handelsleben bedient. Diese Stellungnahme führt das Gesetz auch dazu, das Prinzip der Firmenwahrheit[134] aufzustellen. Wollte es ihre vollen Konsequenzen ziehen, so dürfte es eine Übertragung der Firma auf eine andere Person überhaupt nicht gestatten, — geradeso wie es eine Übertragung des bürgerlichen

132) BGB. § 329.
133) BGB. § 765.
134) §§ 18 und 19 HGB.

Namens, abgesehen von der familienrechtlichen, nicht gestattet. Eine solche Konsequenz aber widerstrebte den Gewohnheiten und den nicht nur im Egoismus begründeten Bedürfnissen des Handelsverkehrs. Denn daß wohlsituierte und wohlrenommierte Handelshäuser über die zufälligen Schicksale einer „Person" hinaus in ihrer Existenzmöglichkeit erhalten werden, das ist nicht nur eine Forderung des Individualinteresses, dem es — gewiß nur billigerweise — gestattet sein muß, seine durch Arbeit und Intelligenz geschaffenen Werte so einträglich als möglich umzusetzen, sondern ganz eminent im Bedürfnis des allgemeinen wirtschaftlichen Lebens, welches an dem Erhaltenbleiben gesunder, lebensfähiger Betriebe sowohl vom Standpunkt des nationalen Handels und Wandels als auch vom Standpunkte der produzierenden wie der konsumierenden Kundschaft ein recht starkes Interesse hat. Will man aber ein Geschäft in seinem ganzen Werte übergehen lassen, ihm beim Übergange seine ganze unveränderte Stellung im Verkehrsleben wahren, so darf man ihm nicht die Bezeichnung, unter der es nach außen hin bekannt und geschätzt ist, die Firma, unter der es Kredit und Zuspruch hat, nehmen.

Aus solchen Erwägungen heraus ist es erklärlich, daß sich das Gesetz trotz seiner oben angeführten, anscheinend streng auf dem Standpunkt der Personenbezeichnung stehenden Begriffsbestimmung, praktisch in manchem Punkt der entgegengesetzten Theorie[135] nähern muß, welche die Firma lediglich als Sachname gelten lassen will, als Bezeichnung für das Geschäft, welches der Kaufmann betreibt. Während so einerseits ein

135) Mommsen in Buschs Archiv Bd. 32 S. 208 fg.

Kaufmann, der ein Handelsgeschäft aufgegeben hat, sofort ein anderes und anders geartetes unter derselben Firma gründen kann (Personenname), ist er andererseits imstande, sein Handelsgeschäft mit der Firma zu übertragen und kann auch mehrere Geschäfte unter verschiedenen Firmen haben (Sachname).[136]

Was nun die Haftung anlangt, die sich für den Erwerber an die Fortführung des Handelsgeschäfts mit der Firma knüpft, so haben die §§ 25 und 27 des neuen HGB. mit ihrer durchgreifenden Regelung derselben eine der bisher streitigsten Fragen des Handelsrechts zur Ruhe gebracht. Allerdings war dieselbe meist nur in Hinsicht auf den Übergang unter Lebenden sowohl in der Wissenschaft als auch in der Praxis der Gerichte diskutiert worden, während die Besonderheiten der Vererbung nicht nach Gebühr beachtet und unterschieden worden waren.

Die verschiedenartigen Theorieen vom Wesen des Handelsgeschäfts stellten sich und mußten sich konsequenterweise vor der gesetzlichen Regelung zu dem Problem der Haftung beim Übergange der Firma folgendermaßen stellen.

I. Diejenigen, welche für das Handelsgeschäft unter seiner Firma Rechtspersönlichkeit annahmen, waren folgerecht der Meinung, daß Aktiva und Passiva in allen Fällen beim Handelsgeschäft bleiben müßten. Das Pr. Obertribunal, welches sich in seinem Revisionsurteil vom 1. Nov. 1866 dieser Anschauung anschloß mit der Begründung, „daß das Handelsgeschäft sich zwar nicht als Rechtssubjekt in streng juristischem Sinne betrachten

136) Stegemann „Die Vererbung eines Handelsgeschäftes" S. 41.

lasse", aber praktisch als solches behandelt werden müsse, hatte sich für diese seine Entscheidung in Übereinstimmung mit Busch[137] auf den Artikel 113 des damaligen (§ 130 des jetzigen) HGB. berufen (Eintritt in eine Handelsgesellschaft), und daraus analog gefolgert, daß eine entgegenstehende Vereinbarung inbetreff der Handlung Dritten gegenüber unwirksam wäre.

II. Diejenigen, welche in dem Handelsgeschäft nicht das Handelsvermögen, sondern nur den Handelsbetrieb sahen, kamen zu dem Schluß, daß weder Geschäfts- noch Firmenübergang ohne weiteres die Haftung des Erwerbers für die Schulden mit sich brächten, sondern daß diese nur besondere Rechtsgeschäfte wie z. B. Schuldübernahme, Erfüllungsübernahme verbunden mit Bekanntmachung an die Gläubiger ꝛc. begründet werden konnte.[138] Diese Anschauung wurde vertreten in der ständigen Judikatur des Reichsoberlandesgerichts.[139]

III. Während es dort also eines besonderen und ausdrücklichen Willensaktes bedurfte, um die Haftung zu übernehmen, sah die Behrend'sche Theorie („Handelsgeschäft identisch mit Handelsvermögen") in der Übernahme der Firma regelmäßig die Übernahme des Handelsvermögens, und daher auch ein constitutum debiti alieni,[140] eine stillschweigende Zahlungsverpflichtung des Erwerbers für die Schulden des Geschäfts, die aller-

137) Archiv Bd. I S. 27.

138) Regelsberger a. a. O. S. 28 und 30. Simon a. a. O. S. 96 ff.

139) Entsch. Bd. I S. 67, Bd. II S. 144, Bd. VII S. 383, Bd. XII S. 159, Bd. XVI S. 272. Auch Bd. III S. 333 und Bd. IV S. 5 und S. 198.

140) Behrend Z. f. Gesetzgebung und Rechtspflege Bd. 4 S. 439.

dings durch eine anderweitige Erklärung beschränkt oder ausgeschlossen werden konnte.[141]

Diese Anschauung kommt, wie wir sehen, den heutigen Rechtssätzen am nächsten und sie bestimmte auch den Gang, welchen das Reichsgewohnheitsrecht, repräsentiert durch die Judikatur des Reichsgerichts, seit dem Jahre 1880 einschlug.[142] Die Praxis des RG. allerdings ließ die Rechtswirkung der Haftung nur dann eintreten, wenn die Übernahme der Passiva von den Parteien vereinbart worden war, aber diese Übernahme wurde im Verhältnis zu Dritten vermutet, wenn die Firma schlechtweg übernommen worden war. Zu ihrer Widerlegung reichte jeder Gegenbeweis aus.

Die Rechtsfolge der Haftung aus den § 25 und 27 HGB. aber beruht auf keiner gesetzlichen Vermutung, wie z. B. Staub[143] und Bolte[144] annehmen, sondern sie tritt kraft Gesetzes ein, nicht indes, ohne daß dem Parteiwillen eine gewisse Freiheit zur anderweitigen Regelung gewährt ist. Und damit können sich auch diejenigen zufrieden geben, welche dem citierten[145] Praktiker zustimmen, der vor einer übertriebenen Schätzung der Firma warnend, ausführt:

„Es ist eine ganz irrige Vorstellung, als wenn in der Handelswelt nur auf die Firma gesehen würde, nicht auf den Einzelnen, mit dem unter dieser Firma kontrahiert wird; vielmehr weiß die handelnde Welt recht

141) Ebenda S. 443 § 7.

142) Entsch. d. RG. in Civilsachen Bd. 2 S. 55, Bd. 15 S. 53, Bd. 17 S. 98, Bd. 38 S. 175. S. auch Ladenburg Z. f. d. p. Handelsrecht Bd. 30 S. 95.

143) S. 132 Anm. 21.

144) S. 428.

145) S. Regelsberger a. a. O. S. 20.

gut, wer Teilhaber einer Firma ist, auf wessen Obligo sie geht und an wen sie sich deswegen zu halten hat. Der kundige Kaufmann sieht nicht so sehr auf die Firma als solche, denn auf die Solvenz der Einzelnen."

Wenn auch in diesen Ausführungen besonders jenes richtig ist, daß ein schlecht situirter oder unsolider Inhaber sich auf die Dauer auch durch das beste Renommee einer übernommenen Firma nicht vor Mißtrauen und Verfall wird bewahren können, so muß doch hinwiederum bedacht werden, welch ungeheuren Vorteil es für den unternehmenden Kaufmann bedeutet, ob er sich unter seinem unbekannten Namen den Boden erst Schritt für Schritt erkämpfen, Vertrauen und Beziehungen erwerben muß, oder ob er sich sofort auf die feste Grundlage eines eingeführten Betriebes stützen kann. Daher muß es im allgemeinen als durchaus gerechtfertigt gelten, wenn derjenige, welcher die Vorteile einer im Verkehrsleben akkreditierten Firma genießt, also gewissermaßen aus ihrer Vergangenheit Kapital schlägt, auch die an dieser Firma haftenden Ansprüche des Verkehrs befriedigen muß, daß derjenige, welcher sich die positiven Seiten ihrer Vergangenheit zu Nutze macht, auch für ihre negativen Seiten einzustehen hat. Dies gilt in geringerem Maße von der Veräußerung eines Handelsgeschäftes, bei welcher der Erwerber ja die Vorteile der Firma meist schon mit schwerem Gelde an den Veräußerer bezahlt hat, im größeren Maße von der Vererbung, bei welcher der Erwerber diese Vorteile unentgeltlich erhält und noch außerdem regelmäßig das gesamte Handelsvermögen auf ihn übergeht. Dieser Verschiedenheit der beiden Übergänge hat denn auch der Gesetzgeber, wie wir später sehen werden, Rechnung getragen.

## § 8.

### Tatbestand und Rechtswirkungen des § 27.

Die Vorschriften des § 25, Abs. 1 entsprechend auf den Tatbestand des § 27 angewandt, lauten:

„Wird ein zum Nachlasse gehörendes Handelsgeschäft von dem Erben unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortgeführt, so haftet er für alle im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers."

### A. Tatbestandsmerkmale.

1. Der Begriff Handelsgeschäft wurde bereits im § 1 erörtert und dabei konstatiert, daß er in unserem Falle im weitesten Sinne, also gleich Handelsvermögen zu nehmen ist. Ein Handelsgeschäft im Sinne der §§ 25 und 27 aber ist nur das des Vollkaufmannes, nicht auch das des Minderkaufmannes. Dies geht aus dem § 4 des HGB. hervor, nach welchem die Vorschriften über die Handelsfirma auf Personen, deren Gewerbebetrieb nicht über den Umfang des Kleingewerbes hinausgeht, keine Anwendung finden. Wenn diese trotzdem ein unter Lebenden oder durch Erbgang erworbenes Handelsgeschäft unter dem alten Namen fortführen, was eine im Verkehr sehr weit verbreitete Gewohnheit ist, so können sie wohl vom Registerrichter durch Ordnungsstrafen zur Unterlassung angehalten werden,[146] die Haftung für die früheren Verbindlichkeiten nehmen sie indes dadurch nicht

146) S. § 37 d. HGB. auch § 14 Satz 2 HGB. und §§ 140 und 142 FrGG.

auf sich.[147] Dagegen sind die Bestimmungen der §§ 25 und 27 nicht auf die Vollkaufleute beschränkt, welche ins Handelsregister eingetragen sind, da es sonst vielfach möglich wäre, sich der Haftung einfach durch Unterlassung der Eintragung zu entziehen. Aber auch auf diejenigen, welche ohne Vollkaufleute zu sein, eingetragen sind, muß die handelsrechtliche Haftung Anwendung finden, denn § 5 des HGB. bestimmt ausdrücklich und aus berechtigten Verkehrsrücksichten, daß demjenigen gegenüber, welcher sich auf die Eintragung einer Firma im Handelsregister beruft, nicht geltend gemacht werden könne, das unter der Firma betriebene Gewerbe sei kein zur Eintragung verpflichtendes.

2. Zum Nachlasse gehörig. Nachlaß deckt sich rechtlich vollkommen mit Erbschaft, sprachlich dagegen braucht man Erbschaft in Beziehung auf den Erben, Nachlaß dagegen absolut.[148] Damit das Geschäft zum Nachlasse gehörig sei, ist nicht notwendig, daß der Erblasser an demselben Eigentum gehabt hat, sondern es genügt dazu auch ein beschränktes, allerdings vererbliches Recht, „sofern nur eine genügend enge rechtliche und und tatsächliche Beziehung zum Nachlasse vorhanden ist".[149] Es gehört also zum Nachlaß ein vom Erblasser gepachtetes Geschäft, nicht dagegen eins, an dem der Erblasser Nießbrauch hatte.[150]

---

147) So Lehmann-Ring S. 100 No. 9. Düringer-Hachenburg S. 97. Bolte S. 432. Dagegen Staub S. 140 Anm. 6 und 7. Goldmann, Kommentar z. HGB. S. 102a.

148) Frommhold Bem. 2 zu § 1922.

149) Bolte a. a. O. S. 420.

150) § 1383 BGB.

3. Fortführung. Fortgeführt wird ein Handelsgeschäft dann, wenn an die Geschäftsführung des Vorgängers direkt angeknüpft wird, wobei eine vorübergehende Unterbrechung ohne Einfluß ist. Der Erwerber kann natürlich nicht das Geschäft aufgeben und unter derselben Firma etwa mit Beibehaltung gewisser Vermögens- oder Lagerbestandteile ein im Kerne neues beginnen,[151] indes gilt es wohl als Fortführung, wenn der Erbe, sofern er nur den Geschäftsbetrieb im wesentlichen auf der alten Grundlage erhält, in ihm quantitative Änderungen, wie Vergrößerungen, Verringerungen, aber auch qualitative, wie die Aufgabe alter Geschäftszweige oder die Einführung neuer vornimmt. Ja sogar eine völlige Umwandlung des Geschäfts braucht nicht mit dem Begriff der Fortführung im Widerspruch zu stehen und den Verlust des Firmenrechts zur Folge zu haben, wenn sie allmählich, insbesondere nach längerer Zeit erfolgt, und der neue Geschäftsbetrieb von dem alten nicht gar zu sehr verschieden ist. So wird man dem Inhaber eines Papierwarengeschäftes das Recht zugestehen dürfen, dasselbe unter Beibehaltung der ererbten Firma in eine Buchhandlung umzuwandeln, nicht aber in ein Manufakturwaren- oder Herrengarderobengeschäft.

Führt der Erbe von einem gewerblichen Unternehmen, das außer dem Hauptgeschäft noch eine oder mehrere Zweigniederlassungen besitzt, nur das Hauptgeschäft fort, so treffen ihn die Rechtsfolgen der Haftung auch für die Verbindlichkeiten der Zweigniederlassungen,

151) Staub S. 128 Anm. 7. Makower, Kommentar zum HGB. S. 54. Düringer-Hachenburg S. 110, 3.

denn diese sind Pertinenzen[152] des Hauptgeschäftes, dessen Schicksalen sie folgen. Stellt der Erbe daher die Fortführung derselben ein, so ist das nichts weiter als ein interner Verwaltungsakt, der nach außen hin keine rechtliche Bedeutung haben kann. Führt der Erbe nur eine Zweigniederlassung fort, so ist die Mitübernahme der Firma eigentlich nach § 22 des HGB. nicht statthaft, da die Firma nur beim Erwerb eines „bestehenden Handelsgeschäfts" fortgeführt werden kann, eine Zweigniederlassung aber, wie aus obiger Charakteristik hervorgeht, als ein „bestehendes Handelsgeschäft" nicht zu erachten ist. Indessen hat die Praxis des Pr. Kammergerichts den Erwerb von Zweigniederlassungen mit der Firma unter der Begründung zugelassen, daß die Zweigniederlassung durch die Lostrennung vom Hauptgeschäfte im Wege der Veräußerung zum selbständigen Hauptgeschäfte erhoben würde.[153] Was dort von der Veräußerung gesagt ist, muß natürlich auch von der Vererbung der Zweigniederlassung gelten. Die Zweigniederlassung wird in dem Augenblicke zum „bestehenden Handelsgeschäft", in welchem sie der Erbe zwecks alleiniger Fortführung vom Hauptgeschäfte trennt. Alsdann haftet der Erbe nur für die im Betriebe der Zweigniederlassung begründeten Verbindlichkeiten, sei es, daß sie direkt durch diese oder durch Vermittelung des Hauptgeschäftes kontrahiert wurden, nicht aber für solche, die nach außen hin lediglich als Verbindlichkeiten des Hauptgeschäftes hervorgetreten sind.

---

152) Behrend, Lehrbuch S. 222. Staub S. 94 Anm. 3.

153) Johow, Jahrbuch für Entsch. des Kammergerichts Bd. 15 S. 12.

4. Fortführung unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatz.[154] Dabei kommt es weniger darauf an, daß die das Nachfolgeverhältnis andeutende Wendung sprachlich in einem „Zusatze", die alte Firma aber sprachlich im Mittelpunkte der Geschäftsbezeichnung steht, wie dies z. B. in den Bildungen „Karl Adams Söhne" oder „Paul H. Simon Nachfolger" der Fall ist, sondern auch Versionen, wie Fritz Gärtner, vormals Hermann Meißner, in denen die alte Firma sprachlich als Zusatz gesetzt ist, fallen unter die Vorschrift, da die Wirkung derselben im Verkehre die gleiche ist, als der obigen. Ist, wie häufig, der Name des fortführenden Erben, z. B. des Sohnes, derselbe wie der des Erblassers, so wird man hier im Zweifel eine neue Firma annehmen müssen, ebenso auch, wenn der etwa gleich dem Erblasser „Karl Meyer" heißende Erbe „Karl Meyer junior" firmiert. Denn obwohl einerseits darin ein bewußter Hinweis auf die bisherige Firma liegt, so tritt doch andererseits grade durch die Hinzufügung das Bestreben hervor, die neue Firma von der alten scheiden zu wollen, und dies muß ein Zweifel den Ausschlag geben.

5. Fortführung durch den Erben. Von einer solchen kann natürlich nur die Rede sein, wenn der Fortführende wirklich Erbe geworden ist, nicht also z. B. wenn die Erbschaft später wirksam angefochten wird. „Durch" den Erben heißt nicht etwa, daß das Geschäft von dem Erben persönlich, sondern nur für

154) S. Bolte S. 433, Staub S. 129 Anm. 8.

Rechnung des Erben fortgeführt werden muß. Dies kann durch jeden gesetzlichen oder rechtsgeschäftlichen Vertreter geschehen. Da die Prokura und die Handelsvollmacht nicht durch den Tod des Geschäftsherrn erlöschen,[155] wird häufig der Fall eintreten, daß der noch vom Erblasser bestellte Prokurist oder Bevollmächtigte das Geschäft zunächst fortführen. Dies geschieht natürlich für Rechnung und im Namen des Erben, wenn dieser die Erbschaft annimmt. Auch die Geschäftsführung des gesetzlichen Vertreters gilt als Fortführung durch den Erben, sofern sie für Rechnung des Erben geschieht, also regelmäßig in allen Fällen, wo sich die Stellung des Vertreters zu dem Erben und seinem Vermögen lediglich auf die Vertreterschaft beschränkt wie beim Vormund und Pfleger. Zweifelhaft im einzelnen Falle kann die Frage werden, sobald es sich um den Inhaber der elterlichen Gewalt handelt, der auch selbständige Vermögensrechte am Vermögen des Kindes hat.[156] Hier wird es darauf ankommen, ob der elterliche Gewalthaber den Willen hat, das Geschäft auf eigene Rechnung fortzuführen oder lediglich als Vertreter des Kindes. Nur im letzteren Falle gilt die Fortführung als durch den Erben. Der Ehemann einer Erbin[157] ist nicht ihr gesetzlicher Vertreter, seine Fortführung wird aber meistens unter die Voraussetzungen des § 27 HGB. fallen, da er das Geschäft regelmäßig als stillschweigend oder ausdrücklich bestellter rechtsgeschäftlicher Vertreter führen dürfte. Was die Fortführung durch Nachlaßverwalter, Konkurs-

155) §§ 52 HGB. 672, 675 BGB.
156) Bolte S. 424. S. aber § 1638 BGB.
157) §§ 1375, 1443,2, 1519, 1549 BGB.

verwalter, Nachlaßpfleger oder Testamentsvollstrecker anbelangt, so kommt es für unseren Fall m. E. nicht auf die Frage an, ob dieselben als Vertreter des Erben zu betrachten seien oder nicht. Denn auch wenn sie Vertreter des Erben wären, so könnten sie den Erben dennoch nicht durch ihre Fortführung zur Haftung verpflichten, weil sie nicht Vertreter der Willensfunktion des Erben als solcher, sondern auf Grund eines ganz besonderen rechtlichen und wirtschaftlichen Zweckes wären. Dieser Zweck ist, den Nachlaß, welcher rechtlich als Vermögen des Erben konstruiert ist, faktisch wie ein besonderes Rechtssubjekt zwischen den Erben und die Nachlaßgläubiger zu stellen, damit er sich besser und faktisch gerechter mit der Außenwelt auseinandersetzen kann. Aus diesem Zwecke heraus ist es nötig, daß die reale Seite jener den Nachlaß betreffenden Rechte und Pflichten, deren rechtliche Wurzeln sich beim Erben befinden, d. h. daß die äußeren Dispositionsbefugnisse über diese Rechte und Verbindlichkeiten, die vorhandenen und die, welche entstehen können, auf diejenigen übergehen müssen, welche — mag man ihre rechtliche Stellung auffassen, wie man wolle — als faktische Organe des Nachlasses jene Auseinandersetzung vornehmen.

Daraus folgt jedoch auch, daß diese Vertreter des Erben denselben nicht über die Grenze hinaus vertreten, d. h. seinen Willen erklären können, die durch den Zweck, dem sie dienen, nämlich durch die Nachlaßliquidation, gezogen ist. Mit anderen Worten, sie können den Erben als Rechtsträger nur soweit zur Haftung verpflichten, als der Nachlaß die Verpflichtungen erfüllt.

Die „Fortführung durch den Erben“ aber, von der im § 27 HGB. die Rede ist, drückt gerade dessen Willen aus, das Handelsgeschäft über die Liquidation des Nachlasses hinaus sich zu bewahren und es aus einem Bestandteil des Nachlasses auch wirtschaftlich zu einem Bestandteil seines persönlichen Vermögens zu machen. Damit verzichtet [158] der Erbe gewissermaßen auf die Beschränkung der Haftung hinsichtlich der Geschäftsschulden und nimmt die persönliche Haftung auf sich. Einen solchen Willen könnten Nachlaßverwalter und Nachlaßpfleger, auch als Vertreter des Erben aufgefaßt, nicht erklären. Was aber den Testamentsvollstrecker anlangt, so steht dem Erben gegenüber der Berechtigung des Vollstreckers, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, stets das Recht zu, sich auf die Beschränkung seiner Haftung für die Nachlaßverbindlichkeiten zurückzuziehen.[159]

Aus den Worten, daß die Fortführung durch den Erben geschehen muß, ist auch zu entnehmen, daß die Fortführung seitens des Vermächtnisnehmers nicht den Bestimmungen des § 27 unterliegt. Eine ausdrückliche Bestimmung über die Haftung des Vermächtnisnehmers ist entgegen der Fassung im Entwurf [160] zum HGB. überhaupt nirgends zu finden, denn einerseits bezeichnet der § 1369 des BGB. den Vermächtniserwerb ausdrücklich als einen Erwerb von Todeswegen — und das ist er auch,[161] trotzdem das BGB. dem Vermächtnis-

158) S. § 2012 Abs. 1 Satz 3 und Abs. 2.

159) § 2206.

160) Der § 23 des Entwurfs begann: „Wer ein von ihm erworbenes Handelsgeschäft . . . . . usw.“, faßte also alle Fälle des Erwerbes und somit auch den Vermächtniserwerb zusammen.

161) Dagegen und für eine direkte Anwendung des § 25 Bolte a. a. O. S. 422, 423. Makower S. 57 Ic.

nehmer nur ein Forderungsrecht gegen den Erben gewährt, d. h. die dingliche Übertragung zwischen den Erben und dem Vermächtnisnehmer, also „unter Lebende" legt, — sodaß § 25 ausgeschlossen wäre, während § 27 doch nur den Erwerb durch den Erben regelt. Die meisten Schriftsteller [162] helfen sich damit, daß sie eine analoge Anwendung des § 25 annehmen. Demnach haftet der Vermächtnisnehmer, welcher das vermachte Geschäft mit Firma fortführt, für die Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt, es sei denn, daß er eine anderweitige Vereinbarung mit dem Erben getroffen und in der im § 25,2 geforderten Weise publiziert hätte. Wird das Geschäft von ihm ohne Firma fortgeführt, so haftet er nur bei Vorliegen eines besonderen Verpflichtungsgrundes. Außer den gewöhnlichen, oben besprochenen, kann hier noch der Fall eintreten, daß der Erblasser dem Vermächtnisnehmer die Verpflichtung zur Haftung auferlegt hat.[163] Es kann sich hierbei um ein bedingtes oder unter einer Auflage zugewendetes Vermächtnis handeln, indessen ist es sehr wohl möglich, daß der mit dem Geschäfte Bedachte seinerseits wieder mit Vermächtnissen zu Gunsten der Geschäftsgläubiger beschwert ist. Der Erbe haftet als Veräußerer unter Lebenden nach § 26 HGB., aber nur bis zum Grade seiner bürgerlichrechtlichen Haftung für den Nachlaß. Dieselbe Haftung trifft ihn auch, wenn er das Handelsgeschäft, ohne es selbst fortzuführen, verkauft oder verpachtet.

---

162) Staub S. 139 Anm. 2 und S. 156 Anm. 32. Lehmann-Ring S. 100 No. 7. Dür-Hachenburg S. 116, 3.

163) S. Staub S. 156 Anm. 32. Dür-Hach. S 127 X, Lehmann-Ring S. 100, 7.

## B. Rechtswirkungen.

### 1. „so haftet er".

Was zunächst die rechtliche Natur dieser Haftung betrifft, so ist die Frage aufgeworfen worden, ob es sich im § 27 um eine direkte handelsrechtliche oder um eine nur verschärfte erbrechtliche Haftung handele. Zwar wenn Düringer-Hachenburg[164] von einer Verschärfung, Goldmann[165] von einer Erhöhung der Haftung sprechen, so scheinen sie dabei nur an das tatsächliche Plus an Haftung zu denken, ohne überhaupt die Frage nach ihrer rechtlichen Natur zu berühren. Dagegen stellt sich Lehmann in seinem und Ring's Kommentar zum HGB.[166] mit Bewußtsein auf den Standpunkt der verschärften erbrechtlichen Haftung, wenn er sagt: „Seine Haftung ist demgemäß Folge seiner Erbeneigenschaft", während Bolte in seiner schon zitierten Erörterung des § 27 des HGB. die ausführlich begründete Konstruktion einer direkten handelsrechtlichen Haftung zu Grunde legt, welche organisch der des § 25 entsprechen soll.[167]

Die Bolte'sche Ansicht hat zunächst viel Bestechendes. Sie wird unterstützt durch die Stellung der fraglichen Vorschrift innerhalb des HGB. und durch die offenkundige Anlehnung derselben an die des § 25. Wendungen wie „so finden die Vorschriften des § 25 entsprechende Anwendung" und die „unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein" scheinen schon äußerlich auf eine

164) S. 122, 124, 127.

165) S. 131.

166) S. 98, 2 und 99, 4. Ähnlich auch Schulteß „Die Schuldenhaftung des Erben nach § 27 HGB." S. 36 ff.

167) S. 436 ff.

besondere handelsrechtliche Haftung hinzuweisen,[168] während andererseits der Ausdruck „unbeschränkte" Haftung die Meinung nahelegt, daß der Gesetzgeber dabei an eine Anknüpfung an das System des bürgerlichen Erbrechts dachte.

In Wahrheit will es mir scheinen, daß der Gesetzgeber bei der Redaktion der fraglichen Vorschrift an ihre rechtliche Natur überhaupt nicht gedacht hat, sondern das es ihm vielmehr darauf ankam, das was er bestimmen wollte, nach außen hin geschickt, kurz und möglichst scharf zu formulieren. So kann die an den § 25 äußerlich anknüpfende Fassung der Vorschrift für die innere Struktur der Vorschrift im Grunde nur wenig besagen und darf die Wissenschaft nicht hindern die Bestimmungen des § 27 dort an das System des Privatrechts anzuschließen, wo sie mit ihm innerlichen Zusammenhang haben.

Die Anschauung, welche die direkte handelsrechtliche Haftung vertritt, argumentiert nun folgendermaßen:

Nicht weil der Erbe das Handelsgeschäft mit der Firma *erbt* haftet er unbeschränkt nach § 27, sondern weil er das ererbte Geschäft mit der Firma *fortführt*. Denn der Grund des Erwerbes ist gleichgültig für die Haftung, es kommt durchaus nicht darauf an, ob der Erwerb unter Lebenden oder von Todeswegen geschieht, — sondern der wahre Grund für die Haftung liegt lediglich in der Tatsache der Fortführung und ist somit in beiden Fällen derselbe handelsrechtliche.

Diese Argumentation klingt zunächst allerdings recht plausibel, dennoch hält sie meines Dafürhaltens einer

168) Noch deutlicher war dies im § 23 des Entwurfes, in welchem alle Arten des Erwerbs eines Handelsgeschäfts gleichmäßig geregelt wurden.

näheren Prüfung nicht stand. Zwar daß sie die Haftung sprachlich in eine bürgerlichrechtliche und eine handelsrechtliche zerlegt, ist nur vom Vorteil. Es fördert sicherlich die Übersichtlichkeit eines Problems, daß da, wo wirklich Unterschiede bestehen, — auch schon in den Bezeichnungen unterscheidende Merkmale gewählt werden. Daher können wir die Bezeichnungen bürgerlichrechtliche und handelsrechtliche Haftung in dem Sinne akzeptieren, daß wir darunter einerseits die im BGB. andererseits die im HGB. behandelte Haftung verstehen, — nicht aber in jenem Sinne, daß dadurch das ganze Problem der erbschaftlichen Haftung organisch gespalten und ohne Not auf eine doppelte Grundlage gestellt wird.

Der wunde Punkt in der oben angeführten Beweisführung ist in der Identifizierung des sachlichen Grundes für die Haftung mit ihrer rechtlichen Natur zu sehen. Der sachliche Grund für die Haftung im § 25 und die Verschärfung der Haftung im § 27 ist unbestritten und unbestreitbar die Fortführung der Firma, — aber in der rechtlichen Natur beider zeigen sich meines Erachtens gleichwohl tiefgehende Unterschiede. Sie sind begründet in der rechtlichen Verschiedenheit beider Übergänge. Bei dem Übergange unter Lebenden handelt es sich nicht um die Übernahme eines Vermögens im Sinne des BGB. (§ 419), sondern nur um die Übernahme eines Vermögensbestandteils. Eine Haftung des Übernehmens für die Verbindlichkeiten eines solchen Vermögensbestandteils findet aber bürgerlichrechtlich nicht statt und wird erst durch rein handelsrechtliche Akte wie die Anzeige der Passivenübernahme oder die Fortführung der Firma begründet.

Dieselbe ist also auch in ihrer rechtlichen Wurzel eine völlig handelsrechtliche.

Anders bei der Vererbung. Diese ist durchaus der Übergang eines Vermögens im Sinne des BGB., — sogar der typischeste und radikalste, den das Privatrecht kennt. Hier haftet der Erbe, wie wir oben gezeigt haben, kraft Gesetzes unbeschränkt und persönlich für alle Nachlaßverbindlichkeiten, also auch für die Geschäftsverbindlichkeiten, — hier ist meines Erachtens darum für eine besondere handelsrechtliche Haftung, welche für einen bestimmten aus dem Ganzen herausgehobenen Bestandteil des übergegangenen Vermögens, nämlich das Handelsgeschäft, aus einer anderen rechtlichen Wurzel begründet werden sollte und deren Schicksal es sein müßte, für den rechtlichen Regelfall der unbeschränkten Haftung latent zu bleiben und nur beim Vorwalten rechtlicher Besonderheiten hervorzutreten, weder Raum nach Bedürfnis.

Der ausnahmslosen Geltung des rechtlich vollkommen logischen Satzes von der unbeschränkten Haftung bei der Universalsukzession, steht nun, wie wir gleichfalls oben ausgeführt haben, die praktische Erwägung entgegen, daß der Erbe weder durch die Erbschaft Nachteil noch die Gläubiger davon Vorteil haben sollen. Aus dieser Erwägung hat das Gesetz die prinzipielle Beschränkbarkeit der Haftung zulassen müssen. Führt aber der Erbe das Handelsgeschäft des Erblassers mit der Firma fort, — so verliert das Motiv des BGB. für diese Beschränkbarkeit seine Bedeutung. Daraus ergiebt sich, daß also die handelsrechtliche Fortführung der Firma nicht die rechtliche Wurzel der unbeschränkten und persönlichen Haftung für die Handelsschulden ist, —

denn diese Wurzel liegt ja schon in der Universalsukzession des BGB., — sondern sie ist der Grund dafür, daß die regelmäßige Beschränkbarkeit des BGB. und die Mittel, die dasselbe für ihre Durchführung giebt, für Handelsschulden nicht platz greifen können.

Auch aus der Tatsache, daß beide Haftungen tatsächlich, wie es Bolte in zwei Beispielen anführt, getrennt sein können, ergeben sich keine Beweise für die Verschiedenartigkeit der Wurzeln der bürgerlichrechtlichen und der handelsrechtlichen Haftungen. Im Falle der Nachlaßverwaltung und des Nachlaßkonkurses leuchtet ohne weiteres ein, denn der Satz Boltes:[169] „Hier haftet erbrechtlich der separierte Nachlaß, direkt der Erbe weiter" kann doch nur zur Anschaulichmachung der tatsächlichen Situation gelten gelassen werden, juristisch muß es heißen: „Für gewöhnliche Verbindlichkeiten haftet der Erbe mit dem Nachlasse, für Handelsverbindlichkeiten unbeschränkt mit dem eigenen Vermögen". Auch das zweite Beispiel, daß die erbrechtliche Haftung durch Nacherbschaft auf einen anderen Erben übergehen könne, während die handelsrechtliche beim Vorerben verbleibe, läßt sich zwanglos ohne Konstruktion einer „direkten" Haftung aus dem § 2145, Satz 1 erklären. Nach diesem haftet der Vorerbe nach dem Eintritt der Nacherbfolge für die Nachlaßverbindlichkeiten noch insoweit, als der Nacherbe nicht haftet, also auch für die Schulden eines von ihm fortgeführten, vom Nacherben aber eingestellten Handelsgeschäftes. Daraus folgt aber auch, daß der Vorerbe dann, wenn der Nacherbe bürgerlichrechtlich d. h. für alle Nachlaßverbindlichkeiten unbeschränkt haftet, von

169) S. 437/438.

der Haftung für die Schulden des von ihm fortgeführten Handelsgeschäftes befreit wird, was bei Annahme der direkten Haftung nicht der Fall sein würde.[170]

2. — „für die **Geschäftsverbindlichkeiten**" zum Unterschiede von Privatverbindlichkeiten. Darüber stellt § 344 des HGB. die Vermutung auf: „Die von einem Kaufmann vorgenommenen Rechtsgeschäfte gelten im Zweifel als zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehörig. Die von einem Kaufmann gezeichneten Schuldscheine gelten als im Betriebe seines Handelsgewerbes gezeichnet, sofern sich aus der Urkunde nicht das Gegenteil ergiebt." [171] Die Begriffe Handelsgewerbe und Handelsgeschäft decken sich nun aber begrifflich und in den Fällen auch praktisch nicht ganz, wo der Erblasser innerhalb seines Handelsgewerbes mehrere Handelsgeschäfte betrieben hat. Führt von diesen der Erbe nur eins fort, so kann gegen ihn die Vermutung des § 344 nicht angewendet werden. Eine weitere Einschränkung erfährt der Kreis des § 344 dadurch, daß er mit seiner Vermutung nur die auf Rechtsgeschäften beruhenden Verbindlichkeiten trifft, dagegen die Verbindlichkeiten aus Gesetz oder unerlaubter Handlung unberührt läßt. Sonst aber gelten natürlich auch die Verbindlichkeiten aus Gesetz, z. B. rückständige Beträge aus der Gewerbe- oder Warenhaussteuer, den Zwangsversicherungen ꝛc. sowie Deliktsschulden z. B. aus Verletzung der gewerb-

---

170) Die Frage nach der rechtlichen Natur der Haftung ist auch sonst nicht unpraktisch. Darüber s. unten S. 100.

171) Gegen die Anwendung des 2. Satzes Staub S. 133 Anm. 21.

lichen Schutzvorschriften,[172] der Gesetze über den unlauteren Wettbewerb, den Patent-, Muster-, Warenzeichen-, Urheberschutz auch aus den §§ 278, 823 und 831 BGB. wie alle übrigen Passiva dann als Geschäftsverbindlichkeiten, wenn sie im Betriebe des Handelsgeschäfts begründet sind. Im Betrieb des Handelsgeschäfts begründet aber ist eine Verbindlichkeit, wenn sie aus dessen Bedürfnissen hervorgegangen ist oder dessen Zwecken dient. Der weitaus größte Teil der Passiva wird regelmäßig aus den Verträgen, die dem jeweiligen gewerblichen Zweck des Geschäfts entsprungen sind, bestehen, in zweiter Linie werden die aus dem Spesen- und Verwaltungsbetrieb des Geschäftes herrührenden Verbindlichkeiten in Betracht kommen. Die Aufzeichnung in die Handelsbücher ist kein unbedingter Beweis für, die Nicht-Aufzeichnung kein unbedingter Beweis gegen die Zugehörigkeit der Schulden zum Handelsbetriebe, ebensowenig giebt die Frage einen sicheren Maßstab, ob eine Schuld unter oder nicht unter der Firma kontrahiert ist.[173] Nicht gehören zum Betriebe des Geschäfts die anläßlich der Begründung oder des Erwerbes aufgenommenen Verbindlichkeiten, denn diese sind nicht im Betrieb begründet, sondern sie haben den Zweck, überhaupt erst einen Betrieb zu schaffen und stehen daher dem Handelsgeschäft von außen gegenüber. Dasselbe kann mit Verbindlichkeiten der Fall sein, die zur Erweiterung des Handelsgeschäfts von seinem Inhaber aufgenommen werden. Wenn z. B. ein Kaufmann ein

172) § 62 HGB. § 120 der RGO. S. auch RG. Entsch. Bd. 15 S. 54.

173) Bolte S. 442. Staub S. 133 Anm. 21.

Darlehen von 30 000 Mk. aufnimmt, um sein Geschäft zu vergrößern, so ist dies ebensowenig eine im Betriebe des Geschäfts begründete Verbindlichkeit, als wenn er mit diesem Kapital einen anderen Bestandteil seines Vermögens z. B. sein Wohnhaus erweitert. Nimmt er aber seinen Bankkredit stärker in Anspruch, um für die Zukunft größere Geschäfte abschließen zu können, so müssen die dadurch eingegangenen Verbindlichkeiten durchaus als Geschäftsverbindlichkeiten gelten.

3. — — „für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten", während der § 25 von den „im Betriebe des Geschäfts begründeten Verbindlichkeiten des früheren Inhabers" spricht. Damit will der Gesetzgeber ausdrücken, daß der Erbe nicht nur für die vom Erblasser kontrahierten, sondern auch für die während der etwa dazwischenliegenden Fortführung durch eine andere Person, z. B. den Vorerben, den Nachlaßverwalter, den Erbunwürdigen ꝛc. eingegangenen Verbindlichkeiten haftet.

## § 9.

### Über die Anwendbarkeit des § 25,2.

Lebhafter Streit herrscht darüber, ob unter den Vorschriften des § 25, die auf den Tatbestand des § 27 entsprechende Anwendung finden sollen, auch der 2. Absatz mitinbegriffen sei. Derselbe lautet:

„Eine abweichende Vereinbarung ist einem Dritten gegenüber nur wirksam, wenn sie in das Handelsregister eingetragen und bekannt gemacht oder von dem Erwerber oder dem Veräußerer dem Dritten mitgeteilt worden ist."

Abweichende Vereinbarung also und öffentliche oder private Mitteilung sind die Voraussetzungen für die

Rechtswirkungen des 2. Absatzes, und wenngleich es uns zunächst scheinen will, daß eine abweichende Vereinbarung in unserem Falle der Vererbung regelmäßig nicht stattfinden könne, somit also eine Anwendung der fraglichen Vorschriften für die Vererbung ausgeschlossen sei, — so bleibt immerhin erst zu untersuchen, ob nicht in dem Worte entsprechende Anwendung doch eine Möglichkeit liege, den Absatz 2 auf das Gebiet des § 27 hinüberzuspielen.

Wer nun mit Düringer-Hachenburg[174] meint, eine entsprechende Anwendung sei darin zu sehen, daß eine wörtliche und buchstäbliche Übertragung der anzuwendenden Bestimmungen auf das Anwendungsobjekt, soweit als es eben möglich sei, vorgenommen würde, der möchte zu dem Ergebnis kommen, es sei eine Anwendung des § 25,2 nur dann gegeben, wenn ein Erbvertrag zwischen dem Erblasser und dem fortführenden Erben die Vereinbarung enthalte, daß der Erbe trotz der Fortführung nicht oder nur bis zu einem gewissen Grade über die erbrechtliche Haftung hinaus haften solle. Ob ferner, wie Düringer-Hachenburg meinen, in der einseitigen testamentarischen Verfügung des Erblassers in Verbindung mit der Annahme der Erbschaft durch den Erben gewissermaßen eine stillschweigende Vereinbarung der geforderten Art vorliege, ist mit Staub mindestens zu bezweifeln.[175]

Ich glaube überhaupt, daß eine solche Anwendung zu eng und äußerlich ist und bin mit Volte der Ansicht, daß die Bestimmungen eines Paragraphen ent-

174) S. 124 V.
175) S. 152 Anm. 11.

sprechend auf den Tatbestand eines anderen anwenden nicht bedeutet „dieselben bloß soweit zu übertragen, als dies unter Aufrechterhaltung des Wortlauts möglich ist" sondern bedeutet „diese Bestimmungen auf ihren Sinn und Zweck zurückzuführen und von hier aus für den Tatbestand des zweiten Paragraphen neu zu formulieren." [176] Nicht die äußere Form, sondern die innere Natur der Rechtsvorschriften hat man in solchen Fällen bloszulegen, um zu erkennen, ob und in welcher Weise die Sätze der einen für die Situation der anderen „entsprechend" sind.

Aber nachdem ich Bolte in diesen prinzipiellen Ausführungen gesetzestechnischer Natur, mit denen er sich, — aber auch seinen Gegnern die Bahn für eine zwanglosere Auffassung freigelegt hat, unbedingt gefolgt bin, muß ich mich, was das Ergebnis einer solchen Prüfung in unserem Falle anlangt, von ihm trennen.

Bolte hat an einer anderen Stelle den grundlegenden Satz [177] aufgestellt: „Der Gesetzgeber hat jener Idee von der Rechtspersönlichkeit des Handelsgeschäftes nur für diejenigen Fälle Rechnung getragen, — in denen sich ihre Konsequenzen zugleich auf die Grundlagen eines Willensaktes der Beteiligten stellen lassen." Daraus folgert er, daß auch die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten aus den §§ 25 und 27 HGB. nicht die im Regelfalle des Gesetzes eintretende Rechtsfolge der Fortführung der alten Firma sei, sondern daß diese Fortführung nur eine besondere Form der Willenserklärung darstelle, die Haftung zu übernehmen,

176) S. 457/458.
177) S. 428.

also nicht pflichterzeugendes, sondern nur pflichtbeweisendes Moment sei, nur eine gesetzliche Vermutung, welche im Interesse der Verkehrsübersichtlichkeit und Verkehrssicherheit aufgestellt sei und die nur auf ganz bestimmte Weise von den Parteien entkräftet werden könne. Daß die Willenserklärung, welche die Vermutung aufhebe, auf eine Vereinbarung beruhen müsse, sei vorgeschrieben bei dem Geschäftserwerb unter Lebenden, weil sie der inneren Notwendigkeit dieses Falles entspreche, denn darüber, ob die Haftung mitübernommen werden solle, müssen sich beide Parteien einigen, und die Bestimmung über die Haftung sei für beide Parteien vom größten Interesse. Nicht notwendig brauche die Erklärung gegen die Vermutung auf Vereinbarung zu beruhen im Falle der Vererbung, denn hier existierte ja kein Gegenkontrahent, resp. er sei in seinen vermögensrechtlichen Beziehungen mit dem Erben zusammengefallen. Folglich entspreche das Erfordernis der Vereinbarung wohl der Natur des § 25 und sei dessen spezielle Voraussetzung. Der Natur des § 27 aber sei es fremd.[178]

Ob die Vorschrift des § 25 wirklich nur eine gesetzliche Vermutung für die Haftung begründe oder ob diese kraft Gesetzes eintrete[179] braucht hier nicht erörtert zu werden, da es für unsere Widerlegung der Boltesschen Theorie unerheblich ist.

Wir haben oben die rechtliche Natur der Haftung des § 27 ausdrücklich von der des § 25 unterschieden. Die Haftung des Erben auch für die Schulden eines

178) Dieser hier angeführte Gedankengang ergiebt sich aus den Grundanschauungen des Boltesschen Aufsatzes.

179) Dagegen Düringer-Hachenburg S. 117 ad 2.

fortgeführten Handelsgeschäftes beruht auf erbrechtlicher Grundlage. Sie jedenfalls tritt kraft Gesetzes ein, nicht kraft Erbenwillens, für den das Gesetz nur eine Vermutung ausdrücken soll. Will also der Erbe, welcher das Handelsgeschäft fortführt, für die Handelsschulden nicht unbeschränkt haften, so kann er die Haftung nicht einfach durch eine anderweitige Willenserklärung aufheben, sondern er muß den ihm vom Gesetz gegebenen Weg einschlagen Dieser Weg ist im § 27,2 zu finden. Es ist die Wiedereinstellung der Fortführung innerhalb der dreimonatlichen Einstellungsfrist.

Und das gewonnene Ergebnis, daß zwar der Erwerber unter Lebenden die Möglichkeit hat, die Firma fortzuführen, ohne unbeschränkt für die früheren Geschäftsverbindlichkeiten haften zu müssen (§ 25, Abs. 2), — der Erbe aber nicht, dieses Ergebnis, welches im letzten Grunde aus der Verschiedenartigkeit der rechtlichen Natur der beiden Übergänge resultiert, stimmt auch vollkommen mit dem Wesen der durch diese Übergänge geschaffenen praktischen Situationen überein.

Das Hauptmoment ist hier, daß bei dem Übergange eines Geschäfts unter Lebenden, wie wir oben ausgeführt haben, sehr wohl nur die Übertragung des Geschäftsbetriebes ohne das Geschäftsvermögen in Frage kommen kann. Und in der Praxis sind die Fälle überaus häufig, in denen ein größerer oder kleinerer Teil der Aktiven vom Mitübergange ausgeschlossen wird.[180] Daher entspricht es hier durchaus der Lage, daß den Kontrahenten die Möglichkeit nicht beschränkt werden darf, in gleicher Weise die Haftung des Erwerbers für die Geschäfts-

180) S. § 1 dieser Abhandlung.

verbindlichkeiten auszuschließen.[181] Diese Erwägung bleibt bei der Vererbung des Handelsgeschäftes außer Betracht, da hier nicht nur das Handelsvermögen, sondern auch die gesamte vermögensrechtliche Persönlichkeit des früheren Inhabers auf den Erwerber übergeht. Während also im Falle der Veräußerung gewichtige praktische Gründe vorliegen, welche die Zulassung anderweitiger Vereinbarungen nötig machen, ist dies bei der Vererbung nicht der Fall. Denn daß die Parteien, die untereinander eine Transaktion von Vermögenswerten vornehmen, dabei über „mein" und „dein" schalten können, wie es ihnen beliebt, das ist nur berechtigte Parteiwillkür. Wenn aber das gesetzliche Prinzip, welches an die Fortführung der Firma die Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten knüpft, ohne inneren Grund vom Parteiwillen negiert werden könnte, so wäre diese Parteiwillkür eine vollkommen unberechtigte.[182]

Gegen Lehmann-Ring ferner,[183] welche den § 25 Abs. 2 aus dem Grunde nicht für den § 27 zur Anwendung bringen wollen, weil bei der Veräußerung die Geschäftsgläubiger im Falle, daß der Erwerber nicht haftete, sich an den früheren Inhaber halten könnten, bei bei der Vererbung aber nur an den Erben, ist wohl mit Bolte[184] zunächst einzuwenden, daß ja auch bei Aus-

181) S. auch Goldmann Festgabe für R. Wilke S. 152.

182) Anders liegt es, wenn von mehreren Erben einer oder einige das Geschäft fortführen. Dann aber können die Fortführenden mit den übrigen Erben eine anderweitige Vereinbarung über die Haftung treffen, da es sich in diesem Falle um einen Geschäftsübergang unter Lebenden handelt. S. unten S. 119.

183) S. 100 No. 6.

184) S. 463 Anm. 51.

schluß der handelsrechtlichen Haftung der Erbe immer noch mit dem Nachlasse — und dieser entspräche dem Vermögen des früheren Inhabers - verhaftet bliebe. Immerhin macht es aber einen bedeutenden Unterschied, ob nur der Nachlaß, also ein für alle Male begrenzter Wert, haftet, der noch dazu meistenteils dann, wenn der Erbe die handelsrechtliche Haftung ausschließt, insolvent sein wird, — oder der Veräußerer, der neben seinem gegenwärtigen Vermögen noch die Chance zukünftiger Erwerbs- und damit Leistungsmöglichkeit gewährt.

Gewiß können auch bei der Veräußerung eines Handelsgeschäftes Fälle eintreten, in denen die Firma fortgeführt wird, ohne daß die alten Verbindlichkeiten eingelöst werden, z. B. wenn die Haftung des Erwerbers durch Vereinbarung mit dem Veräußerer ausgeschlossen, der Veräußerer selbst aber insolvent ist. Abgesehen davon, daß es sich hier um nicht gerade häufige Fälle handeln dürfte — denn es ist höchst unwahrscheinlich, daß jemand eine Firma, an welcher der schlechte Leumund unerfüllter Verbindlichkeiten hängt, zu erwerben suchen wird, — muß man die Möglichkeit solcher Vorgänge als notwendiges Übel betrachten, — notwendig, weil eben der 2. Absatz des § 25 für die Veräußerung, wie wir oben gezeigt haben, unentbehrlich ist. Nicht so für die Vererbung. Hier bliebe im Gegenteil bei seiner entsprechenden Anwendung nichts als das Übel zurück, nämlich die Fortführung der Firma trotz Nichterfüllung der an ihr haftenden Verbindlichkeiten.

Auch die Einwendung, daß es der Gerechtigkeit nicht entspräche, wenn der Erbe, welcher die unbeschränkte Haftung des § 27 nicht übernehmen wolle, daran ge-

hindert sei, die Firma des ihm meist nahestehenden Erblassers fortzuführen, daß dem Fremden aber, der vom Erben oder dem Nachlaßverwalter das Geschäft mit der Firma unter vereinbartem Ausschluß der Haftung käuflich erwerbe oder pachte, die Fortführung möglich sei, verliert in der Praxis meist ihre Grundlage. Denn der Entgelt welchen der Käufer oder Pächter regelmäßig zahlt, kommt ja in diesem Falle den Gläubigern des Nachlasses zu gute und erhöht den Prozentsatz, in dem ihre Verbindlichkeiten befriedigt werden.

Der letzte Grund und zugleich der Beweis, daß auch der Gesetzgeber auf dem hier vertretenen Standpunkt steht, ist in der Existenz des 2. Absatzes des § 27 zu erblicken, der wie Goldmann[185] richtig bemerkt, bestimmt ist, den § 25,2 zu ersetzen. Wenn der Erbe sofort und ohne weiteres durch bloße Erklärung seine handelsrechtliche Haftung ausschließen könnte, so wäre eine besondere Einstellungsfrist durchaus überflüssig. Bolte[186] allerdings, welcher in den beiden 2. Absätzen nur zwei verschiedene, einander nicht ausschließende Wege sieht, die zu demselben Ziele führen, findet die hauptsächlichste Bedeutung des § 27,2 darin, daß er dem Erben, welcher ohne die ihm gewährte Einstellungsfrist den Ausschluß der direkten Haftung sofort mit Beginn der Fortführung als dem die Haftung begründenden Momente erklären müßte, eine Erklärungsfrist von 3 Monaten gebe. Denn aus dem § 27,2 gehe hervor, daß die Haftung erst nach dem Ablaufe der dreimonatlichen Frist eintrete; solange

185) S. 132. Ebenso Lehmann-Ring S. 100 No. 6 und Cohn bei Gruchot Bd. 42 S. 63.

186) a. a. O. S. 462/63.

aber die handelsrechtliche Haftung aber noch nicht eingetreten sei, könne auch ihr Ausschluß noch erkärt werden.

Durch diese Begründung Boltes hat indes m. E. seine Ansicht eher verloren als gewonnen. An einem Parallelismus der beiden Wege könnte man noch glauben, wenn der eine die Möglichkeit gewährte, sofort durch die Erklärung, der andere, drei Monate lang durch Einstellung die unbeschränkten Haftung auszuschließen. So aber, wenn beide Möglichkeiten des Ausschlusses mit demselben Zeitpunkte endigen, würde der § 27,2 in der Hauptsache nur eine Hülfsbestimmung für den entsprechend angewendeten § 25,2 enthalten, die Einstellung aber, welche nach der ganzen Fassung des Absatzes den Mittelpunkt desselben bildet, würde zu einer bloßen in einer konkludenten Handlung liegenden Erklärung des Erben, nicht haften zu wollen, herabsinken. An eine solche Art von Gesetzesformulierung vermag ich nun aber bei einem umsichtigen Gesetzgeber ohne zwingende Gründe nicht zu glauben.

Aus alledem geht für mich hervor, daß der § 25,2 speziell auf den Geschäftsübergang durch Veräußerung zugeschnitten ist, das Wesen der Vererbung aber einer Anwendung desselben radikal widerspricht. Daher muß ich auch beim Vorliegen einer übereinstimmenden Willenserklärung des Erblassers eine Anwendung des § 25,2 auf den Tatbestand des § 27 nur für mechanisch, nicht für organisch gerechtfertigt halten, d. h. ich bin der Ansicht, daß sie auch in diesem Falle unstatthaft ist.

## § 10.

### Die Einstellungsfrist.

Bisher war immer schlechtweg davon die Rede, daß der Erbe unbeschränkt haftete, wenn er das Geschäft mit der Firma fortführte. Aber eine strenge Durchführung dieses Grundsatzes würde zu unberechtigten Härten führen. Der Erbe müßte sich sofort entscheiden, ob er wirklich mit der Fortführung Ernst machen und damit definitiv die unbeschränkte Haftung auf sich nehmen sollte, ohne doch die Möglichkeit zu haben, sich davon zu überzeugen, ob die Vorteile einer Fortführung auch die Übernahme der unbeschränkten Haftung für die Geschäftsverbindlichkeiten lohnten. Auch das Recht, die Erbschaft noch während der kurzen Ausschlagungsfrist ausschlagen zu können, wäre kein hinreichender Schutz für den Erben. Daher gewährt ihm das Gesetz im § 27,2 eine längere Überlegungsfrist:

„Die unbeschränkte Haftung nach § 25 Abs. 1 tritt nicht ein, wenn die Fortführung des Geschäfts vor dem Ablaufe von drei Monaten nach dem Zeitpunkte, in welchem der Erbe von dem Anfalle der Erbschaft Kenntnis erlangt hat, eingestellt wird."

„Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 des BGB. entsprechende Anwendung. Ist bei dem Ablaufe der drei Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist."

Was zunächst den rechtlichen Charakter der Haftung während dieser dreimonatlichen Frist anbelangt, — so

scheint mir eine auflösende Bedingung[187] vorzuliegen. Die unbeschränkte Haftung trifft den Erben mit der Fortführung des Geschäfts sofort, sie gilt als nicht eingetreten, wenn der Erbe die Fortführung innerhalb der Frist einstellt.

Die Tatsache also, welche für die Wiederaufhebung der Haftung entscheidend ist, — ist die Einstellung der Fortführung des Geschäfts. Darunter will Staub[186] lediglich die radikale Einstellung des Geschäftsbetriebes verstehen, also den Zustand, in welchem das Geschäft objektiv zu existieren aufhört und der Wortlaut des Gesetzes „wenn die Fortführung des Geschäfts — — — eingestellt wird" scheint ihm Recht zu geben.

Dem gegenüber ist jedoch zu bemerken, daß der Ausdruck „Einstellung der Fortführung" m. Dafürhaltens nicht mit Notwendigkeit radikale Auflösung des Geschäfts zu bedeuten braucht. Spräche das Gesetz von „Einstellung des Betriebes," so müßte das allerdings den von Staub interpretierten Sinn haben. In dem Wortlaut aber, wie er wirklich lautet, kann die Stelle auch zwanglos auf eine andere Weise gedeutet werden, welche, wie ich glaube, der Sachlage besser entspricht. Denn es ist durchaus möglich mit Bolte in dem Passus: „wenn die Fortführung — — — eingestellt wird" unter Fortführung nicht jede, sondern die be-

187) So ausdrücklich Makower S. 63 b. Anscheinend auch Cosack 57 V 2 und Lehmann-Ring S. 99 No. 4. Bolte S. 447 schließt aus dem Wortlaut „Die unbeschränkte Haftung tritt nicht ein, wenn u. s. w. . . . .", daß umgekehrt die unbeschränkte Haftung erst eintrete, wenn die Fortführung innerhalb der Dreimonatsfrist nicht eingestellt wird. Das hat jedoch der Gesetzgeber kaum sagen wollen.

188) S. 155, 24. Auch Lehmann-Ring S. 99/100 No. 5.

stimmte Fortführung zu sehen, von der kurz vorher im ersten Absatz des § 27 die Rede gewesen ist und die der Gesetzgeber dort als die Voraussetzung für die unbeschränkte Haftung bezeichnete, nämlich:[189]

„Die Fortführung durch den Erben unter der bisherigen Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis bezeichnenden Zusatzes." Aus dieser Auffassung folgt alsdann, daß die unbeschränkte Haftung nur dann eintritt, wenn diese Grundlage mit all ihren Tatbestandsmomenten noch am Schluß der Einstellungsfrist vorhanden ist, d. h. daß *diese* Fortführung des § 27, als eingestellt gilt, wenn nunmehr ein Tatbestandsmoment z. B. „Fortführung durch den Erben" oder „Fortführung unter der bisherigen Firma" fortgefallen ist."

Daher sind also nach dieser Auffassung auch die Veräußerung des Geschäfts einerseits und die Aufgabe der Firma andrerseits als Einstellungen im Sinne des § 27,2 anzusehen.

Das entspräche auch der praktischen Bedeutung der Einstellungsfrist besser. Dieselbe ist eine Überlegungsfrist, während deren der Erbe sich über die Lage des Handelsgeschäftes informieren und demgemäß eine sichere Grundlage für seine Entschlüsse gewinnen soll. Die Fortführung ist daher während dieser Frist tatsächlich nur eine provisorische und kann irgendwelche entscheidenden Folgen für den Erben nicht nach sich ziehen. Wenn also der Erbe vor dieser Fortführung das Geschäft mit der Firma veräußern resp verpachten oder die Firma ablegen konnte, so sehe ich keinen vernünftigen Grund ein, warum er dasselbe nicht innerhalb der Überlegungsfrist tun dürfen

189) S. 448.

sollte, ohne die unbeschränkte Haftung für die Handelsschulden auf sich nehmen zu müssen. Unzutreffend bemerkt dagegen Staub:[190] „Heimst er (nämlich der Erbe) aber die Vorteile des Weiterbetriebes des Geschäfts und der Fortführung der Firma ein, so ist auch kein gesetzgeberischer Grund vorhanden, ihm die Nachteile der unbeschränkten Haftung abzunehmen." Wenn Staub mit diesen Worten darauf hinweisen will, daß der Erbe welcher das Geschäft verkauft oder verpachtet, indirekt durch den Entgelt, welchen man ihm zahlt, Vorteile aus der Weiterführung des Geschäfts durch Dritte zieht, so ist dagegen einzuwenden, daß sobald der Nachlaß imstande ist, die auf ihn lastenden Verbindlichkeiten zu tragen, die Gläubiger kein sonderliches Interesse daran haben, ob der Erbe Vorteile einheimst, daß aber, sobald der Nachlaß überschuldet ist — und das wird im Falle der Einstellung des Geschäfts während der Frist das Wahrscheinlichere sein — der Entgelt für die Veräußerung ꝛc. des Geschäfts gerade den Gläubigern zu Gute kommt.

Handelt es sich indes um eine objektive Einstellung des Geschäftsbetriebes, so ist es durchaus nicht erforderlich, daß derselbe sofort und unvermittelt abgebrochen wird, sondern es können zunächst selbstverständlich die noch schwebenden Geschäfte abgewickelt, und auch, soweit dies zur Erfüllung schwebender Geschäfte nötig ist, neue kontrahiert werden.

Wenn der Erbe die Fortführung des Geschäfts innerhalb der Frist eingestellt hat, so kommt bei Ausschlagung der Erbschaft überhaupt, der § 1959 des BGB. zur Anwendung, aber die Wirksamkeit der Verfügungen über

190) S. 155 Anm. 24.

Nachlaßgegenstände wird hier nicht auf den Kreis solcher Verfügungen beschränkt sein dürfen, die nicht ohne Nachteil für den Nachlaß verschoben werden können,[191] sondern wird sich auf alle Verfügungen erstrecken, die innerhalb einer ordentlichen Geschäftsführung liegen. Schlägt der Erbe die Erbschaft nicht aus, so kommen bei beschränkter Haftung desselben die §§ 1978 und 1979 BGB. zur Anwendung.[192]

### Der Lauf der Frist.

Die Einstellungsfrist, welche drei Monate lang ist, beginnt mit dem Zeitpunkte, an welchem der Erbe von dem Anfall der Erbschaft Kenntnis erlangt hat. Indes sind auf ihren Lauf einige Bestimmungen von Einfluß, welche die Dauer der Frist über die Normalzeit von drei Monaten hinaus verlängern.

1. Auf den Lauf der Frist finden die für die Verjährung geltenden Vorschriften des § 206 BGB. entsprechende Anwendung. § 206 lautet: „Ist eine geschäftsunfähige oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkte Person ohne gesetzlichen Vertreter, so wird die gegen sie laufende Verjährung nicht vor dem Ablauf von 6 Monaten nach dem Zeitpunkte vollendet, in welchem die Person unbeschränkt geschäftsfähig wird, oder der Mangel der Vertretung aufhört. Ist die Verjährungszeit kürzer als 6 Monate, so tritt der für die Verjährung bestimmte Zeitraum an die Stelle der 6 Monate.

Die Vorschriften finden keine Anwendung, soweit eine in der „Geschäftsfähigkeit beschränke Person prozeßfähig ist."

191) Staub S. 155 Anm. 28.
192) S. Lehmann-Ring S. 99 No. 4.

Wenn also der Geschäftsunfähige oder geschäftsbeschränkte Erbe ohne gesetzlichen Vertreter ist, so läuft die Frist erst 3 Monate — natürlich entsprechend statt der 6 Monate des § 206 — nach dem Zeitpunkte ab, — in welchem der Mangel der Vertretung behoben ist. Dieser Fall kann nicht nur praktisch werden, wenn der gesetzliche Vertreter, der die Fortführung begann, vor Ablauf der drei Monate aufhört, Vertreter zu sein,[193] sondern auch dann, wenn ein großjähriger Erbe die Fortführung selbst beginnt, während der Einstellungsfrist aber aus irgend einem Grunde entmündigt wird.[194] Dann endet die Frist erst 3 Monate nach der Bestellung eines gesetzlichen Vertreters.

2. Des Weiteren bestimmt der Absatz 2 des § 27:

„Ist beim Ablaufe der 3 Monate das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft noch nicht verloren, so endigt die Frist nicht vor dem Ablaufe der Ausschlagungsfrist."

Dies ist in folgenden Fällen praktisch möglich.

a) wenn die Ausschlagungsfrist nach § 1944 Abs. 3 BGB. 6 Monate beträgt, also dann, wenn der Erblasser seinen letzten Wohnsitz nur im Auslande gehabt hat oder der Erbe beim Beginn der Ausschlagungsfrist sich im Auslande aufhält.

b) wenn der Erbe von dem Berufungsgrunde soviel später Kenntnis erhält, als von dem Anfall der Erbschaft, daß dadurch die Ausschlagungsfrist über drei Monate seit seiner Kenntnis vom Erbanfall hinausdauert, da ja für den Beginn der Einstellungsfrist nur die Kenntnis des

193) Düringer-Hachenburg S. 126 VIII. Staub S. 154 Anm. 21.

194) Bolte S. 452 Anm. 42.

Anfalls, für den Beginn der Ausschlagungsfrist auch die Kenntnis des Berufungsgrundes erforderlich ist;[195]

c) wenn der Erbe durch Verfügung von Todeswegen berufen ist;

Denn in diesem Falle beginnt die Ausschlagungsfrist erst mit der Verkündung der Verfügung, die Einstellungsfrist jedoch mit jeder Kenntnis des Erbanfalls.[196]

d) wenn der Erbteil eines Pflichtteilsberechtigten zwar größer ist als sein Pflichtteil, aber mit gewissen Beschränkungen (z. B. Testamentsvollstrecker-, Nacherbeeinsetzung ꝛc.) oder Beschwerungen (Vermächtnis, Auflage) belastet ist — und der Erbe daher unter Ausschlagung des Erbteils den Pflichtteil verlangen kann. Denn hier beginnt die Ausschlagungsfrist erst mit der Kenntnis der Beschränkung oder Beschwerung.[197]

Daß Nachlaßverwalter, Nachlaßkonkursverwalter oder Testamentsvollstrecker, wenn sie das Geschäft fortführen, durch Überschreiten der Frist den Erben nicht verpflichten können, für die Handelsschulden unbeschränkt zu haften, ist bereits oben gezeigt worden. Dasselbe gilt auch, wenn sie die vom Erben begonnene Fortführung innerhalb der Einstellungsfrist übernehmen.[198]

Wie verhält es sich aber mit dem Laufe der Frist, wenn umgekehrt der Erbe an eine Fortführung der genannten Personen anknüpft? — Der abgelaufene Teil der Frist rechnet natürlich für ihn. Sind die drei Monate bereits verflossen oder überschritten, dann muß

195) § 1944 Abs. 2 Satz 1 BGB.
196) § 1944 Abs. 2 Satz 2.
197) § 2036 BGB.
198) Staub S. 153 Anm. 19.

er sich sofort entschließen, ob er die Fortführung und damit die unbeschränkte Haftung übernehmen will oder nicht. Es liegt auch durchaus kein Grund vor, dem Erben noch eine weitere Frist zu gewähren, da er ja in der Zwischenzeit sich über die Lage des Geschäftes, die nach Beendigung einer Verwaltung ꝛc. ja meistens ziemlich geklärt zu sein pflegt, orientieren und dementsprechend seinen Entschluß fassen konnte.

Wenn der Erbe während der Frist stirbt, so läuft dieselbe für seinen Erben nicht weiter, sondern es beginnt für diesen mit seiner Kenntnis von dem Anfall an ihn eine neue Einstellungsfrist zu laufen.[199]

199) Analog nach § 1952 Abs. 2. S. Düringer-Hachenburg S. 125/26 VII.

# IV. Abschnitt.

## § 11.

### Verhältnisse beim Vorhandensein mehrerer Erben.

Ein Handelsgeschäft geht mit dem Tode des Erblassers auf die Miterben gemeinschaftlich über, da es einen Bestandteil der Erbschaft bildet.[200] Weil nun der einzelne Erbe nur über seinen Anteil am Nachlasse im Ganzen verfügen kann, nicht aber über seinen Anteil an den einzelnen Nachlaßgegenständen,[201] so kann er auch keine Verfügung über seinen Anteil am Handelsgeschäfte treffen, insofern nicht das Handelsgeschäft der einzige Inhalt des Nachlasses ist. Verkauft in diesem Falle ein Miterbe seinen Anteil am Geschäfte, so haben die übrigen Miterben daran ein zweimonatliches, vererbliches Vorkaufsrecht.[202]

Im übrigen werden die Verhältnisse der Erben unter einander in den § 2032—2057 des BGB. behandelt.

Was die Haftung anbelangt, so ist auch hier zu unterscheiden, ob die mehreren Erben das Handelsgeschäft des Erblassers fortführen und weiter ob sie es unter einer neuen oder unter der alten Firma fortführen.

Bei der Fortführung unter einer neuen Firma ist die Haftung nur die gewöhnliche Haftung der Miterben für Nachlaßverbindlichkeiten nach dem BGB. (§ 2058

200) § 2032 BGB.
201) 2033 BGB.
202) 2034 BGB.

bis 2063), es sei denn, daß ein besonderer Verpflichtungsgrund vorliegt. Durch eine Bekanntmachung der Passivenübernahme seitens eines einzelnen Miterben wird nur dieser selbst verpflichtet, außer wenn er berechtigt war, die anderen Miterben zu vertreten. Liegt indes unter den fortführenden Miterben die ausdrückliche oder stillschweigende Gründung einer offenen Handelsgesellschaft vor, so wird die Gesellschaft durch die Bekanntmachung der Passivenübernahme seitens eines zur Vertretung der Gesellschaft ermächtigten Teilhabers verpflichtet.[203] In der handelsüblichen Bekanntmachung der Passivenübernahme ist auch hier für den oder die Verpflichteten eine stillschweigende Annahme der Erbschaft zu erblicken, ebenso schon, wie auch regelmäßig beim Einzelerben, in der bloßen Fortführung des Geschäfts unter neuer Firma. Nicht kann in der Fortführung des Geschäfts unter neuer Firma die stillschweigende Gründung einer offenen Handelsgesellschaft gesehen werden,[204] denn es könnte sehr leicht möglich sein, daß die Miterben, zwischen denen die Auseinandersetzung längere Zeit in Anspruch nähme, genötigt sein würden, eine neue Firma anzunehmen, um nicht durch Fortführung der alten über die Einstellungsfrist hinaus die unbeschränkte Haftung auf sich nehmen zu müssen.

In der Fortführung des Geschäfts unter der alten Firma kann zunächst weder eine Annahme der Erbschaft noch die Bildung einer offenen Handelsgesellschaft erblickt werden. Letztere liegt erst vor, sobald die Einstellungsfrist verstrichen ist und zwar zwischen den mehreren

203) § 126 HGB. Siehe aber § 115 HGB.
204) So Staub S. 155 Anm. 25.

Erben, welche das Geschäft darüber hinaus fortführen, es sei denn, daß die Auseinandersetzung zwischen den Erben zu diesem Zeitpunkte noch nicht beendigt ist. Sind die Erben die Witwe und die Kinder des Erblassers, so können minderjährige Kinder bei dem Abschlusse eines Gesellschaftsvertrages für das fortgeführte Handelsgeschäft nicht durch die Mutter als elterlichen Gewalthaber vertreten werden, sondern es muß für jedes Kind je ein Pfleger mitwirken.[205] Auch hier liegt also in der Fortführung des Geschäfts mit der Firma über die Einstellungsfrist hinaus keine Gründung einer offenen Handelsgesellschaft.

Da die Einstellungsfrist, welche, wie wir oben ausführten, mit der Kenntnis vom Erbanfall beginnt, für die verschiedenen Miterben verschieden beginnen und somit auch verschieden endigen kann, so ist es möglich, daß der Eintritt der unbeschränkten Haftung nach § 27 HGB. für die einzelnen Erben zu unterschiedlichen Zeitpunkten stattfinden kann. Schwierigkeiten entstehen, wenn die Miterben keine Einigung darüber herbeiführen können, ob das Handelsgeschäft fortgeführt werden soll oder nicht. Aus dem dritten Absatz des § 745 des BGB., auf den § 2038,2 verweist geht hervor, daß meist denjenigen Erben Recht[206] gegeben werden muß, welche die Fort-

205) S. Kammergericht Jahrb. N. Folge Bd. III. S. 280 ff. und §§ 1630 Abs. 2, 1686, 1795 Abs. 2. 181 BGB. 1643, 1822 No. 3, 1909.

206) Den für die Fortführung stimmenden Erben giebt Staub in jedem Falle Recht. Er begründet seine der obigen nahekommende Anschauungen mit dem unzutreffenden Hinweis auf § 2038 des BGB. Wenn Staub meint, daß jeder Miterbe dem anderen gegenüber verpflichtet sei, zu Maßregeln mitzuwirken, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses erforderlich seien, so

führung wollen. Denn derselbe bestimmt, daß eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes weder durch Mehrheit beschlossen noch verlangt werden kann. Ob nun die Einstellung eines Handelsgeschäftes resp. die Ablegung der Firma als eine wesentliche Veränderung des gemeinschaftlichen Gegenstandes, d. h. des Nachlasses, zu dem das Geschäft gehört, zu betrachten sei, wird sich nur im einzelnen Fall beurteilen lassen, meist aber bejaht werden müssen. Daraus folgt nun aber nicht, wie Staub annimmt, daß die Miterben die keine Macht haben, die Fortführung resp. die Beibehaltung der Firma zu verhindern, sobald auch nur ein Erbe darauf besteht, in die Notwendigkeit versetzt sein sollen, die Erbschaft überhaupt auszuschlagen, wenn sie die aus der Fortführung über die Einstellungsfrist hinaus sich ergebende unbeschränkte Haftung des § 27 vermeiden wollen. Der Wortlaut des Gesetzes verlangt nach der von uns oben acceptierten Auffassung keine objektive Einstellung des Betriebes, sondern nur die Einstellung der im § 25,1 charakterisierten Fortführung. Da sich an die Nicht-Einstellung dieser Fortführung die unbeschränkte Haftung für jeden einzelnen Miterben (Gesamt-

ist dagegen geltend zu machen, daß die Fortführung des Handelsgeschäfts durchaus nicht in allen Fällen zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses zu gehören braucht, sondern daß manchmal umgekehrt die Einstellung dazu gehört. Auch eine zur Erhaltung des Gegenstandes (d. h. des Nachlasses) notwendige Maßregel, die jeder Miterbe ohne Mitwirkung der anderen treffen könne, ist die Fortführung des Geschäfts mit Firma nicht. Denn die Erhaltung des Geschäfts resp. der Firma ist lediglich eine Aufrechterhaltung des status quo, bei der es gleichgültig ist, ob sie dem Nachlasse Schaden oder Nutzen bringt. Im letzten Satze des § 2038, 1 aber, wo von den zur Erhaltung notwendigen Maßregeln gesprochen wird, kann „Erhaltung" nur den Sinn von „Schutz oder Sicherung vor Gefahr" haben.

schuldner § 2058 BGB.) knüpft, — und nicht für die Erbengemeinschaft, so muß auch jeder einzelne Erbe die Möglichkeit haben, diese unbeschränkte Haftung für seine Person nach Gutdünken auszuschließen.[207] Dies tut er, da er die objektive Einstellung nicht herbeiführen kann, durch Bekundung seines Einstellungswillens innerhalb der für ihn laufenden Einstellungsfrist. Im Interesse der Verkehrssicherheit wird man es als erforderlich bezeichnen müssen, daß dieser Einstellungswille durch Eintragung in das Handelsregister oder sonst auf handelsübliche Weise bekannt gemacht wird.

Die hier vertretene Anschauung widerspricht dem Wortlaute des § 27 Abs. 2 aber keineswegs, da dieser Paragraph auf die Verhältnisse bei einer Erbenmehrheit natürlich nicht wörtlich, sondern nur entsprechend angewendet werden kann. Einer wörtlichen Anwendung aber, wie sie Staub durchführt, stehen die größten praktischen Bedenken entgegen. Daß die Erben, welche in eine Fortführung über die Frist hinaus nicht einwilligen wollen, in die Notwendigkeit versetzt sein sollten, die Erbschaft überhaupt ausschlagen zu müssen, wäre schon an und für sich überaus unbillig. Da aber noch dazu in den meisten Fällen die regelmäßig kürzere Ausschlagungsfrist bereits verstrichen sein dürfte, so könnten sich die gegen die Fortführung stimmenden Erben auch durch dieses Mittel nicht vor der unbeschränkten Haftung retten und wären ohne weiteres jeder Hartnäckigkeit oder Chikane auch nur eines einzigen Miterben preisgegeben.

---

207) So Düringer-Hachenburg S. 125 VII. Lehmann-Ring S. 99 No. 4. Bolte S. 450 § 2042, 2 BGB.

Über die Auseinandersetzung unter den Miterben handeln die §§ 2042 ff. des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Ist eine Teilungsanordnung nicht vorgeschrieben, und einigen sich auch die Miterben nicht über die Teilung, so kommt § 753 BGB. zur Anwendung.

Haben einzelne der Erben das Geschäft im Wege der Erbauseinandersetzung übernommen, so wird ihr Erwerb nach den Vorschriften über den Erwerb unter Lebenden behandelt, denn der Träger des Erbrechts und des erbschaftlichen Erwerbs war die Gemeinschaft der Miterben, die einzelnen Miterben hatten nur Anteilsrechte daran gehabt. Durch die Erbteilung aber haben sie von der Gemeinschaft, also unter Lebenden, das volle Eigentum am Handelsgeschäft erworben und sind nun die direkten Träger desselben. Führen diese einzelnen Erben das Geschäft unter der alten Firma fort (dazu bedürfen sie der Einwilligung der übrigen Erben),[208] so kann ihre unbeschränkte Haftung daher durch Vereinbarungen mit den übrigen Erben ausgeschlossen werden. Erfolgt der Übergang auf die einzelnen Erben, nachdem alle Erben die Fortführung begonnen hatten, aber während der Einstellungsfrist der Zurücktretenden, so gilt die Fortführung als durch diese eingestellt, d. h. der Eintritt der unbeschränkten Haftung findet für sie nicht statt. Haften die fortführenden Erben unbeschränkt, so findet für die einstellenden die Verjährung des § 26 des HGB.[209] statt.

208) § 22 HGB.
209) S. Staub S. 156 Anm. 31.